

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ونهاية المقصد

تأليف
أحمد محمد بن رشيد الشاربي

دار المطبعة

بيروت - لبنان





بَيِّنَاتُ الْمُجْتَهِدِ

وَنَهَايَةُ الْمُقْضَى

تأليف الإمام أبي الوليد
محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي

٥٢٠ - ٥٩٥ هـ

الجزء الثاني

الطبعة السادسة

١٤٠٢ هـ ١٩٨٢ م

[تمتاز بضبط الآيات القرآنية والأحاديث النبوية]

الناشر

دار المعرفة
للطباعة والنشر
ببيروت - لبنان

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب النكاح

وأصول هذا الكتاب تنحصر في خمسة أبواب : الباب الأول : في مقدمات النكاح . الباب الثاني : في موجبات صحة النكاح . الباب الثالث : في موجبات الخيار في النكاح . الباب الرابع : في حقوق الزوجية . الباب الخامس : في الأنكحة المنهى عنها والفاسدة .

الباب الأول في مقدمات النكاح

وفي هذا الباب أربع مسائل في حكم النكاح وفي حكم خطبة النكاح ، وفي الخطبة على الخطبة . وفي النظر إلى المخطوبة قبل التزويج . فأما حكم النكاح فقال قوم : هو مندوب إليه ، وهم الجمهور ؛ وقال أهل الظاهر : هو واجب ؛ وقالت المتأخرة من المالكية : هو في حق بعض الناس واجب ، وفي حق بعضهم مندوب إليه ، وفي حق بعضهم مباح ؛ وذلك بحسب ما يتحاف على نفسه من العنت . وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الأمر به في قوله تعالى - فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ - وفي قوله عليه الصلاة والسلام « تَنَاقَضُوا فَلَمْ تُنْكَحُوا بِكُمْ الْأُمَمَ » وما أشبه ذلك من الأخبار الواردة في ذلك على الوجوب أم على التدب أم على الإباحة . فأما من قال إنه في حق بعض الناس واجب ، وفي حق بعضهم مندوب إليه ، وفي حق بعضهم مباح ، فهو التفات إلى المصلحة ، وهذا النوع من القياس هو الذي يسمى المرسل ، وهو الذي ليس له أصل معين يستند إليه ، وقد أنكره كثير من العلماء ، والظاهر من مذاهب مالك القول به ٥

وأما خطبة النكاح المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور إنها ليست واجبة ، وقال داود هي واجبة . وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب : فأما الخطبة على الخطبة ، فإن النهي في ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام . واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهي عنه أولا يدل : وإن كان يدل ففي أى حالة يدل ؟ فقال داود يفسخ ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ ؛ وعن مالك القولان جميعا ، وثالث وهو أن يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده ؛ وقال ابن القاسم : إنما معنى النهي إذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح ، وأما إن كان الأول غير صالح والثاني صالح جاز . وأما الوقت عند الأكثر فهو إذا ركن بعضهم إلى بعض لاني أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس « حيث جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أبا جهم بن حذيفة ومعاوية ابن أبي سفيان خطباها ، فقال : أَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَرَجُلٌ لَا يَرْفَعُ عَصَاهُ عَنِ النَّسَاءِ ، وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُعُوكٌ لَا مَالَ لَهُ ، وَلَكِنْ أَنْكِحِي أُسَامَةَ » . وأما النظر إلى المرأة عند الخطبة ، فأجاز ذلك مالك إلى الوجه والكفين فقط ؛ وأجاز ذلك غيره إلى جميع البدن عدا السوأتين ؛ ومنع ذلك قوم على الإطلاق ؛ وأجاز أبو حنيفة النظر إلى القلمين مع الوجه والكفين . والسبب في اختلافهم أنه ورد الأمر بالنظر إليهن مطلقا ، وورد بالمنع مطلقا ، وورد مقيدا : أعني بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء في قوله تعالى - وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا - إنه الوجه والكفان ، وقياسا على جواز كشفهما في الحج عند الأكثر ، ومن منع تمسك بالأصل وهو تحريم النظر إلى النساء .

الفصل الثاني في موجبات صحة النكاح

وهذا الباب ينقسم إلى ثلاثة أركان : الركن الأول : في معرفة كيفية هذا العقد . الركن الثاني : في معرفة محل هذا العقد . الثالث : في معرفة شروط هذا العقد .

(الركن الأول) في الكيفية . والنظر في هذا الركن في مواضع : في كيفية الإذن المتخذ به ، ومن المعتبر رضاه في لزوم هذا العقد ، وهل يجوز عقده على الخيار أم لا يجوز ؟ وهل إن تراخى القبول من أحد المتعاقدين لزم ذلك العقد ، أم من شرط ذلك الفور ؟ .

(الموضع الأول) الإذن في النكاح على ضربين : فهو واقع في حق الرجال والنيب من النساء بالألفاظ ، وهو في حق الأبكار المستأذنان واقع بالسكوت : أغنى الرضا . وأما الرد فباللفظ ولا خلاف في هذه الجملة إلا ما حكى عن أصحاب الشافعي أن إذن البكر إذا كان المنكح غير أب ولا جَد بالنطق ، وإنما صار الجمهور إلى أن إذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام «الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا» ، والبكر تُسْتَأْمَرُ في نفسها وإذنها صحتها ، وانفقوا على أن انعقاد النكاح بلفظ النكاح من إذنه اللفظ ، وكذلك بلفظ التزويج . واختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة ، فأجازه قوم ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ؛ وقال الشافعي : لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج . وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به ؟ أم ليس من صحته اعتبار اللفظ ؟ فنأخذ بالحقوق التي يعتبر فيها الأمران قال : لانكاح منعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج ؛ ومن قال : إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح بأي لفظ اتفق إذا فهم المعنى الشرعي من ذلك ، أغنى أنه إذا كان بينه وبين المعنى الشرعي مشاركة .

(الموضع الثاني) وأما من المعتبر قبوله في صحة هذا العقد ، فإنه يوجد في الشرع على ضربين : أحدهما يعتبر فيه رضا المتناكحين أنفسهما : أغنى الزوج والزوجة ، إما مع الولي ، وإما دونه على مذهب من لا يشترط الولي في رضا المرأة المالكة أمر نفسها . والثاني يعتبر فيه رضا الأولياء فقط ، وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ، ومسائل اختلفوا فيها ، ونحن نذكر منها قواعد وأصولها فنقول : أما الرجال البالغون الأحرار المالكون لأمر أنفسهم فإنهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح . واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده والوصي محجوره البالغ أم ليس

يجبره ؟ فقال مالك : يجبر السيد عبده على النكاح ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يجبره . والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه ؟ وكذلك اختلفوا في جبر الوصي محجوره ، والخلاف في ذلك موجود في المذهب . وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له أم ليس بمصلحة وإنما طريقه الملاذ ؟ وعلى القول بأن النكاح واجب ينبغي أن لا يتوقف في ذلك . وأما النسياء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح ، فانفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام « وَالثَّيِّبُ تَعْرِبُ عَنْ نَفْسِهَا » إلا ما حكى عن الحسن البصري . واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب الغير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد . فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى : للأب فقط أن يجبرها على النكاح ؛ وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأبو ثور وجماعة : لا بد من اعتبار رضاها ؛ ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه . وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا للعموم ، وذلك أن ما روى عنه عليه الصلاة والسلام من قوله : « لَا تُنْكَحُ الْيَتِيمَةُ إِلَّا بِإِذْنِهَا » وقوله « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا » أخرجه أبو داود ، والمفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف اليتيمة ، وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس المشهور « وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ » يوجب بعمومه استثمار كل بكر . والعموم أقوى من دليل الخطاب ، مع أنه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة ، وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام : « وَالْبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا » وهو نص في موضع الخلاف . وأما الثيب الغير البالغ ، فإن مالكا وأبا حنيفة قالوا : يجبرها الأب على النكاح ؛ وقال الشافعي : لا يجبرها ؛ وقال المتأخرون : إن في المذهب فيها ثلاثة أقوال : قول إن الأب يجبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق ، وهو قول أشهب ؛ وقول إنه يجبرها وإن بلغت ، وهو قول سحنون ؛ وقول إنه لا يجبرها وإن لم تبلغ ، وهو قول أبي تمام ؛ والذي حكيناه عن مالك هو الذي حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه . وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم ، وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا وَلَا تُنْكَحُ الْيَتِيمَةُ إِلَّا بِإِذْنِهَا »

يفهم منه أن ذات الأب لا تستأر إلا ما أجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ ، وعموم قوله عليه الصلاة والسلام « الثيب أحق بنفسها من وليها » يتناول البالغ وغير البالغ ، وكذلك قوله « لا تُنكحُ الأيمُ حتى تُستأمرَ ولا تُنكحُ حتى تُستأذنَ » يدل بعومه على ما قاله الشافعي . ولا اختلافهم في هاتين المسألتين سبب آخر ، وهو استنباط القياس من موضع الإجماع ، وذلك أنهم لما أجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ ، وأنه لا يجبر الثيب البالغ إلا خلافا شادا فيها جميعا كما قلنا اختلفوا في موجب الإجماع هل هو البكارة أو الصغر ؟ فن قال الصغر قال : لا يجبر البكر البالغ ، ومن قال البكارة قال : تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة ؛ ومن قال كل واحد منهما يوجب الإجماع إذا انفرد قال : تجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ ، والتعليل الأول لتعليل أبي حنيفة ، والثاني لتعليل الشافعي ، والثالث لتعليل مالك ، والأصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة . واختلفوا في الثبوبة التي ترفع الإجماع وتوجب النطق بالرضا أو الرد ، فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها الثبوبة التي تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك ، وأنها لا تكون بزنى ولا بغصب ؛ وقال الشافعي : كل ثبوبة ترفع الإجماع . وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام « الثيب أحق بنفسها من وليها » بالثبوبة الشرعية أم بالثبوبة اللغوية ؟ . واتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح ، وكذلك ابنته الصغيرة البكر ، ولا يستأمرها لما ثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها بنت ست أو سبع وبنى بها بنت تسع بإنكاح أبي بكر أبيها رضي الله عنه » إلا ما روى من الخلاف عن ابن شبرمة . واختلفوا من ذلك في مسألتين : إحداهما هل يزوج الصغيرة غير الأب ؟ والثانية هل يزوج الصغير غير الأب ؟ فأما هل يزوج الصغيرة غير الأب أم لا ؟ فقال الشافعي : يزوجها الجد أبو الأب والأب فقط ؛ وقال مالك : لا يزوجها إلا الأب فقط ، أو من جعل الأب له ذلك إذا عين الزوج إلا أن يخاف عليها الضيعة والفساد ؛ وقال أبو حنيفة : يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك ، ولها الخيار إذا بلغت ، وسبب اختلافهم معارضة

العموم للقياس ، وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام « والبكر تستأمر وإفنها صياتها » يقتضى العموم فى كل بكر إلا ذات الأب التى خصصها الإجماع ، إلا الخلاف الذى ذكرناه ، وكون سائر الأولياء معلوما منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالأب فى هذا المعنى ، فنه من ألحق به جميع الأولياء ومنهم من ألحق به الجدة فقط ، لأنه فى معنى الأب إذ كان أباً أعلى ، وهو الشافعى ، ومن قصر ذلك على الأب رأى أن ما للأب فى ذلك غير موجود لغيره ، إما من قبل أن الشرع خصه بذلك ، وإما من قبل أن ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد فى غيره ، وهو الذى ذهب إليه مالك رضى الله عنه ، وما ذهب إليه أظهر - والله أعلم - إلا أن يكون هناك ضرورة . وقد احتج الحنفية بجواز إنكاح الصغار غير الآباء بقوله تعالى - **فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ** - قال : **وَالْيَتِيمَ لَا يَنْطَلِقُ إِلَّا عَلَىٰ غَيْرِ الْبَالِغَةِ** . والفريق الثانى قالوا : إن اسم اليتيم قد ينطلق على بالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « تستأمر اليتيمة » والمستأمرة هى من أهل الإذن وهى البالغة ، فىكون لاختلافهم سبب آخر ، وهو اشتراك اسم اليتيم ، وقد احتج أيضا من لم يجوز نكاح غير الأب لها بقوله عليه الصلاة والسلام « تستأمر اليتيمة فى نفسها » قالوا : والصغيرة ليست من أهل الاستئمار باتفاق ، فوجب المنع ، ولأولئك أن يقولوا : إن هذا حكم اليتيمة التى هى من أهل الاستئمار ، وأما الصغيرة فسكوت عنها . وأما : هل يزوج الولى غير الأب للصغير ؟ فإن مالكا أجازه للوصى ، وأبا حنيفة أجازه للأولياء ، إلا أن أبا حنيفة أوجب الخيار له إذا بلغ ، ولم يوجب ذلك مالك ، وقال الشافعى : ليس لغير الأب إنكاحه . وسبب اختلافهم قياس غير الأب فى ذلك على الأب . فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذى جاز للأب به أن يزوج الصغير من ولده لا يوجد فى غير الأب لم يجوز ذلك ، ومن رأى أنه يوجد فيه أجاز ذلك ، ومن فرق بين الصغير فى ذلك والصغيرة فلأن الرجل يملك الطلاق إذا بلغ ولا تملكه المرأة ، ولذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار إذا بلغا .

(وأما الموضع الثالث) وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار ، فإن

الجمهور على أنه لا يجوز ؛ وقال أبو ثور يجوز . والسبب في اختلافهم تردد .
النكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار ، والبيوع التي يجوز فيها الخيار ،
أو تقول إن الأصل في العقود أن لا خيار إلا ما وقع عليه النص وعلى المثلث
للخيار الدليل . أو تقول إن أصل منع الخيار ^١ في البيوع هو الغرر والأنكحة .
لاغرر فيها : لأن المقصود بها المكارمة لا المكايسة ، ولأن الحاجة إلى الخيار
والرؤية في النكاح أشد منه في البيوع . وأما تراخي القبول من أحد الطرفين عن
العقد ، فأجاز مالك من ذلك التراخي اليسير ، ومنعه قوم ، وأجازة قوم ،
وذلك مثل أن ينكح الولي امرأة بغير إذنها ، فيبلغها النكاح فتجيزه ، ومن منعه
مطلقا الشافعي ، ومن أجازة مطلقا أبو حنيفة وأصحابه ، والفرقة بين الأمر
الطويل والقصير لمالك . وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول
من المتعاقدين في وقت واحد معا ، أم ليس ذلك من شرطه ؟ ومثل هذا .
الخلاف عرض في البيع .

(الركن الثاني : في شروط العقد) وفيه ثلاثة فصول : الفصل الأول :
في الأولياء . الثاني : في الشهود . الثالث : في الصداق .

الفصل الأول في الأولياء

وانظر في الأولياء في مواضع أربعة : الأول : في اشتراط الولاية في صحة
النكاح . الموضوع الثاني : في صفة الولي . الثالث : في أصناف الأولياء وترتيبهم
في الولاية . وما يتعلق بذلك . الرابع : في عضل الأولياء من يلونهم ، وحكم
الاختلاف الواقع بين الولي والمولى عليه .

(الموضوع الأول) اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح .
أم ليست بشرط ؟ فذهب مالك إلى أنه لا يكون نكاح إلا بولي ، وأنها شرط
في الصحة في رواية أشهب عنه ، وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة وزفر
والشعبي والزهرى : إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفؤا جاز ؛
وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه .

(١) هكذا هذه العبارة بالأصول ، وليس لها معنى واضح .

في الثيب . ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع أن اشتراطها سنة لا فرض ، وذلك أنه روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي ، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها ، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها ، فكأنه عنده من شروط التمام لامن شروط الصحة ، بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك ، أعنى أنهم يقولون إنها من شروط الصحة لامن شروط التمام . وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص ، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة ، وكذلك الآيات والسنن التي يخرج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك ، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها إلا حديث ابن عباس وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل ، لأن الأصل براءة النمة ، ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال في ذلك ، فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشتراط الولاية قوله تعالى - فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ - قالوا : وهذا خطاب للأولياء ، ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل ، وقوله تعالى - وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا - قالوا : وهذا خطاب للأولياء أيضا ؛ ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الأحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَيْمًا امْرَأَةٌ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلَيْسَ بِهَا نِكَاحٌ . باطِلٌ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَالْمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا ، فَإِنْ اسْتَجَرُوا فَالْسُّلْطَانُ . وَلِيٌّ مِنْ لَأَوَّلَى لَهُ » خرجه الترمذي وقال فيه : حديث حسن وأما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة ، فقوله تعالى - فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ بِالْمَعْرُوفِ - قالوا : وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها . قالوا : وقد أضاف إليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال - أَنْ يَنْكَحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ - وقال - حَتَّى تَنْكَحَ زَوْجًا

خَيْرُهُ - . وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تُستأمر في نفسها وإذنها صماتها » وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى ، فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع . فأما قوله تعالى - فإذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن - فليس فيه أكثر من نهى قرابة المرأة وعصبتهن من أن يمنعهن النكاح ، وليس نهيهن عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذهبن في صحة العقد لاحقية ولا مجازا ، أعنى بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا ، وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلونهن ، وكذلك قوله تعالى - ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا - هو أن يكون خطابا لأولى الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطابا للأولياء ، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطابا للأولياء أو لأولى الأمر : فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولى الأمر ، فإن قيل إن هذا عام والعلم يشمل ذوى الأمر والأولياء قيل إن هذا الخطاب إنما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع ، فيستوى فيه الأولياء وغيرهم ، وكون الولي مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الإذن أصله الأجنبي ، ولو قلنا إنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إذهبن في صحة النكاح لكان مجعلا لا يصح به عمل ، لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم ، والبيان لا يجوز تأخيرها عن وقت الحاجة ، ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواترا أو قريبا من التواتر ، لأن هذا مما تعم به البلوى ، ومعلوم أنه كان في المدينة من لاولى له ، ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يعتقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها ، وأيضا فإن المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر ، والله أعلم . وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به ، والأظهر أن ما لا يتفق على صحته أنه ليس يجب العمل به . وأيضا فإن سلمنا صحة الحديث فليس فيه إلا اشتراط إذن الولي لمن لها ولي : أعنى المولى عليها ، وإن سلمنا أنه عام في كل امرأة فليس فيه أن المرأة لاتعقد على

نفسها ، أغنى أن لا تكون هي التي تلى العقد بل الأظهر منه أنه إذا أذن الولي لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط في صحة النكاح إظهار الولي معها .
وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى - فَلَاحِ جَنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ مِنْ مَعْرُوفٍ - فإن المفهوم منه النهي عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن ، وليس ههنا شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي إلا عقد النكاح ، فظاهر هذه الآية - والله أعلم - أن لها أن تعقد النكاح وللأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع إلا أن هذا لم يقل به أحد ، وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف . وأما إضافة النكاح إليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد ، لكن الأصل هو الاختصاص إلا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك .
وأما حديث ابن عباس فهو لعمري ظاهر في الفرق بين الثيب والبكر ، لأنه إذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولي فبماذا ليت شرى تكون الأيم أحق بنفسها من وليها ؟ وحديث الزهري هو أن يكون موافقا لهذا الحديث أخرى من أن يكون معارضا له ، ويحتمل أن تكون التفرقة بينهما في السكوت والنطق فقط . ويكون السكوت كافيا في العقد والاحتجاج بقوله تعالى - فَلَاحِ جَنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ بِالْمَعْرُوفِ - هو أظهر في أن المرأة تلى العقد من الاحتجاج بقوله - ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا - على أن الولي هو الذي يلي العقد . وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة ، وذلك أنه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري ، وحكى ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهري عنه فلم يعرفه ، قالوا : والدليل على ذلك أن الزهري لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة . وقد احتجوا أيضا بحديث ابن عباس أنه قال « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ » ولكنه مختلف في رفعه . وكذلك اختلفوا أيضا في صحة الحديث الوارد « فِي نِكَاحِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أُمُّ سَلَمَةَ وَأَمْرُهُ لَا بِنَهَا أَنْ يَنْكَحَهَا إِيَّاهُ » . وأما احتجاج الفريقين من جهة المعاني فمحتمل ، وذلك أنه يمكن أن يقال إن الرشد إذا وجد في المرأة اكتفى به في عقد النكاح كما يكتفى به في التصرف في المال ، ويشبه أن يقال إن

للرأة مائلة بالطبع إلى الرجال أكثر من ميلها إلى تبذير الأموال ، فاحتاط الشرع بأن جعلها محجورة في هذا المعنى على التأييد ، مع أن ما يلحقها من العار في إلقاء نفسها في غير موضع كفاءة يتطرق إلى أوليائها ، لكن يكنى في ذلك أن يكون للأولياء الفسخ أو الحسبة ، والمسئلة محتملة كما ترى ، لكن الذي يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين حنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم ، فإن تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز ، فإذا كان لا يجوز عليه ، عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى في هذه المسئلة يقتضى أن ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواترا أو قريبا من التواتر ثم لم ينقل ، فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين : إما أنه ليست الولاية شرطا في صحة النكاح وإنما للأولياء الحسبة في ذلك ، وأما إن كان شرطا فليس من صحتها تمييز صفات الولي وأصنافهم ومراتبهم ، ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولي الأبعد مع وجود الأقرب .

(الموضع الثاني) وأما النظر في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها ، فإنهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الإسلام والبلوغ والذكورة ، وأن سوابها أصداد هذه : أعنى الكفر والصغر والأنوثة ؛ واختلفوا في ثلاثة : في العبد والفاسق والسفيه . فأما العبد فالأكثر على منع ولايته ، وجوزها أبو حنيفة ؛ وأما الرشيد فالمشهور في المذهب : أعنى عند أكثر أصحاب مالك أن ذلك ليس من شرطها : أعنى الولاية ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعي : ذلك من شرطها ؛ وقد روى عن مالك مثل قول الشافعي ، ويقول الشافعي قال أشهب وأبو مصعب . وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال ؛ فن رأى أنه قد يوجب الرشيد في هذه الولاية مع عدمه في المال قال : ليس من شرطه أن يكون رشيدا في المال ؛ ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال : لابد من الرشيد في المال ، وهما قسمان كما ترى ، أعنى أن الرشيد في المال غير الرشيد في اختيار الكفاءة لها . وأما العدالة فإنما اختلفوا فيها من جهة أنها نظر للمعنى : أعنى هذه الولاية ، فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لا يختار لها الكفاءة . وقد يمكن أن يقال إن الحالة التي بها يختار الأولياء أوليائهم الكفاء غير حالة العدالة وهي خوف حقوق العار بهم ، وهذه هي موجودة بالطبع ، وتلك العدالة

الأخرى مكتسبة ، ولتقص العبد يدخل الخلاف في ولايته كما يدخل في عدالته .
 (الموضع الثالث) وأما أصناف الولاية عند القائلين بها فهي نسب وسلطان
 ومولى أعلى وأسفل ، ومجرد الإسلام عند مالك صفة تقتضي الولاية على
 الدنية . واختلفوا في الوصي ؛ فقال مالك : يكون الوصي وليا ، ومنع ذلك
 الشافعي . وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن أن يستتاب فيها ، أم ليس
 يمكن ذلك ؟ . ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح ، لكن الجمهور
 على جوازها إلا أبا ثور ، ولا فرق بين الوكالة والإيضاء ، لأن الوصي وكيل
 بعد الموت ، والوكالة تنقطع بالموت . واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب ،
 عند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن ، فمن كان أقرب عصبة كان
 أحق بالولاية ، والأبناء عنده أولى وإن سفلوا ثم الآباء ثم الإخوة للأب والأم
 ثم للأب ثم بنو الإخوة للأب والأم ثم للأب فقط ثم الأجداد للأب وإن علوا .
 وقال المعيرة : الجدة وأبوه أولى من الأخ وابنه ليس من أصل ثم العمومة
 على ترتيب الإخوة وإن سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الأعلى عنده أحق
 من الأسفل ، والوصي عنده أولى من ولي النسب : أعني وصي الأب
 واختلف أصحابه فيمن هو أولى وصي الأب أو ولي النسب ؟ فقال ابن القاسم
 الوصي أولى ، مثل قول مالك ؛ وقال ابن المنجشون وابن عبد الحكم : الولي
 أولى ؛ وخالف الشافعي مالكا في ولاية البنوة فلم يجزها أصلا ، وفي تقديم
 الإخوة على الجدة فقال : لا ولاية للابن ؛ وروى عن مالك أن الأب أولى من
 الابن وهو أحسن ؛ وقال أيضا : الجدة أولى من الأخ ، وبه قال المعيرة ؛
 والشافعي اعتبر التعصيب ، أعني أن الولد ليس من عصبتها لحديث عمر
 « لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان » ولم يعتبره
 مالك في الابن لحديث أم سلمة « أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ابنها أن
 ينكحها إياه » ولأنهم اتفقوا : أعني مالكا والشافعي على أن الابن يرث الولاية
 الواجب للأم ، والولاية عندهم للعصبة . وسبب اختلافهم في الجدة هو اختلافهم
 فيمن هو أقرب هل الجدة أو الأخ ؟ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة :
 أحدها : إذا زوج الأب بعد مع حضور الأقرب . والثانية : إذا غاب الأقرب
 (١) هكذا بالأصل ، ولعل صوابه : لأنه ليس بأصل ، فليتأمل ، اهـ مصححه :

هل تنتقل الولاية إلى الأبعد أو إلى السلطان ؟ . والثالثة : إذا غاب الابن عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أو لا تنتقل ؟ .

(فأما المسئلة الأولى) فاختلف فيها قول مالك ، فرة قال : إن زوج الأبعد مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوخ ، ومرة قال : النكاح جائز ، ومرة قال : للأقرب أن يجيز أو يفسخ ، وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الأب في ابنته البكر والوصى في محجورته ، فإنه لا يختلف قوله إن النكاح في هذين مفسوخ ، أعني تزويج غير الأب البنت البكر مع حضور الأب أو غير الوصى المحجورة مع حضور الوصى ، وقال الشافعي : لا يعقد أحد مع [حضور الأب لا في بكر ولا في ثيب . وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعى : أعني ثابتا بالشرع في الولاية ، أم ليس بحكم شرعى ؟ وإن كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب ، أم ذلك حق من حقوق الله ؟ فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال : يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب ؛ ومن رأى أنه حكم شرعى ورأى أنه حق للولي قال : النكاح منعقد ، فإن أجاز له الولي جاز ، وإن لم يجزه انفسخ ؛ ومن رأى أنه حق لله قال : النكاح غير منعقد ، وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب ؛ أعني أن يكون النكاح منفسخا غير منعقد .

(وأما المسئلة الثانية) فإن مالكا يقول : إذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد ؛ وقال الشافعي : تنتقل إلى السلطان . وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا ؟ وذلك أنه لا خلاف عندهم في انتقالها في الموت .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي غيبة الأب عن ابنته البكر ، فإن في المذهب فيها تفصيلا واختلافا ، وذلك راجع إلى بعد المكان وطول الغيبة أو قربها والجهل بمكانه أو العلم به . وحاجة البنت إلى النكاح إما لعدم النفقة ، وإما لما يخاف عليها من عدم الصون ، وإما للأمرين جميعا ؛ فاتفق المذهب على أنه إذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الأب مجهول الموضع أو أسيرا وكانت في صون وتحت نفقة أنها إن لم تدع إلى التزويج لاتزوج وإن دعت فتزوج عند الأسر وعند الجهل بمكانه ؛ واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا إذا كان بعيدا ، فقيل تزوج وهو قول مالك ؛ وقيل لاتزوج ، وهو قول عبد الملك وابن وهب . وأما إن

علمت النفقة أو كانت في غير صون فإنها تزوج أيضا في هذه الأحوال الثلاثة :
أعني في الغيبة البعيدة ، وفي الأسر ، والجهل بمكانه ، وكذلك إن اجتمع الأمران
فلذا كانت في غير صون تزوج وإن لم تدع إلى ذلك ؛ ولم يختلفوا فيما أحسب
أنها لا تزوج في الغيبة القريبة المعلومة لمكان إمكان مخاطبته ، وليس يبعد بحسب
النظر المصلحي الذي أنبني عليه هذا النظر أن يقال إن ضاق الوقت وخشى
السلطان عليها الفساد زوجت وإن كان الموضع قريبا ؛ وإذا قلنا إنه يجوز
ولاية الأبعد مع حضور الأقرب ؛ فإن جعلت امرأة أمرها إلى وليين فزوجها
كل واحد منهما ، فإنه لا يخلو أن تكون تقدم أحدهما في العقد على الآخر
أو يكونا عقدا معا ، ثم لا يخلو ذلك من أن يعلم المتقدم أو لا يعلم ، فأما إذا
علم المتقدم منهما فأجمعوا على أنها للأول إذا لم يدخل بها واحد منهما . واختلفوا
إذا دخل الثاني ؛ فقال قوم هي للأول ؛ وقال قوم هي للثاني ، وهو قول مالك
وابن القاسم ، وبالأول قال الشافعي وابن عبد الحكم ؛ وأما إن أنكحها معا
فلا خلاف في فسخ النكاح فيما أعرف . وسبب الخلاف في اعتبار النحول
أو لا اعتباره معارضة العموم للقياس ، وذلك أنه قد روى أنه عليه الصلاة
والسلام قال : « أَيَّمَا امْرَأَةٍ أَنْكَحَهَا وَلِيَّانِ فَهِيَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا »
فعوم هذا الحديث يقتضي أنها للأول دخل بها الثاني أو لم يدخل ؛ ومن
اعتبر النحول فتشبهها بفوات السلعة في البيع المكروه وهو ضعيف . وأما إن
لم يعلم الأول فإن الجمهور على الفسخ ؛ وقال مالك : يفسخ ما لم يدخل أحدهما ؛
وقال شريح : تخير فأيهما اختارت كان هو الزوج ، وهو شاذ . وقد روى
عن عمر بن عبد العزيز .

(الموضع الرابع : في عضل الأولياء) واتفقوا على أنه ليس للولي أن يعضل
وليته إذا دعت إلى كفو وبصداق مثلها وأنها ترفع أمرها إلى السلطان
فيزوجها ما عدا الأب ، فإنه اختلف فيه المذهب . واختلفوا بعد هذا الاتفاق
فما هي الكفاءة المعبرة في ذلك وهل صداق المثل منها أم لا ؟ وكذلك اختلفوا
على أن للمرأة أن تمنع نفسها من إنكاح من له من الأولياء جبرها إذا لم تكن فيها
الكفاءة موجودة كالأب في ابنته البكر . أما غير البالغ باتفاق ، وبالبالغ والشيبة
الصغيرة باختلاف على ما تقدم ، وكذلك الوصي في محجوره على القول بالجبر ؛

فأما الكفاءة فإنهم اتفقوا على أن الدين معتبر في ذلك إلا ما روى عن محمد بن الحسن من إسقاط اعتبار الدين ، ولم يختلف المذهب أن البكر إذا زوجها الأب من شارب الخمر وبالجملعة من فاسق أن لها أن تمنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما ، وكذلك إن زوجها من ماله حرام ، أو ممن هو كثير الخلف بالطلاق . واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة أم لا ؟ وفي الحرية وفي اليسار وفي الصحة من العيوب ، فالمشهور عن مالك أنه يجوز نكاح المولى من العرب وأنه احتج لذلك بقوله تعالى - « إِنَّا أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ » - وقال سفيان الثوري وأحمد : لا تزوج العربية من مولى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تزوج قرشية إلا من قرشي ، ولا عربية إلا من عري . والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِدِينِهَا وَجَاهِهَا وَمَالِهَا وَحَسَبِهَا فَاطْفَرُ بِلَذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ يَمِينُكَ » فهم من رأى أن الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه الصلاة والسلام « فَعَلَيْكَ بِذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ يَمِينُكَ » ومنهم من رأى أن الحسب في ذلك هو بمعنى الدين وكذلك المال ، وأنه لا يخرج من ذلك إلا ما أخرجه الإجماع ، وهو كون الحسن ليس من الكفاءة ، وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة ، وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر بلجهة مآ ، ولم يختلف المذهب أيضا أن الفقر مما يوجب فسخ إنكاح الأب ابنته البكر ، أعنى إذا كان فقيرا غير قادر على النفقة عليها فالمبال عند من الكفاءة ، ولم ير ذلك أبو حنيفة . أما الحرية فلم يختلف المذهب أنها من الكفاءة لكون السنة الثابتة لتخير الأمة إذا عتقت . وأما مهر المثل فإن مالكا والشافعي يريان أنه ليس من الكفاءة ، وأن للأب أن ينكح ابنته بأقل من صداق المثل : أعنى البكر ، وأن الثيب الرشيدة إذا رضيت به لم يكن للأولياء مقال ؛ وقال أبو حنيفة : مهر المثل من الكفاءة . وسبب اختلافهم أما في الأب فلا اختلافهم هل له أن يضع من صداق ابنته البكر شيئا أم لا ؟ . وأما في الثيب فلا اختلافهم هل ترتفع عنها الولاية في مقدار الصداق إذا كانت رشيدة كما ترتفع في سائر تصرفاتها المالية أم ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق إذ كانت لا ترتفع

عنها في التصرف في النكاح ، والصدّاق من أسبابه ، وقد كان هذا القول أنخلق بمن يشترط الولاية ممن لم يشترطها ، لكن أتى الأمر بالعكس . ويتعلّق بأحكام الولاية مسألة مشهورة ، وهي هل يجوز للولي أن ينكح وليته من نفسه أم أم لا يجوز ذلك ؟ فنحن ذلك الشافعي قياساً على الحاكم والشاهد ، أعني أنه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه ، وأجاز ذلك مالك ولا أعلم له حجة في ذلك إلا ما روى من « أنه عليه الصلاة والسلام تزوج أم سلمة بغير ولي » لأن ابنها كان صغيراً ، وما ثبت « أنه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية فجعل صداقها عتقها » . والأصل عند الشافعي في أنكحة النبي عليه الصلاة والسلام أنها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لسكثرة خصوصيته في هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ، ولكن تردد قوله في الإمام الأعظم .

الفصل الثاني في الشهادة

واتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح . واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد ، واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر . واختلفوا إذا شهد شاهدين ووصيا بالكتّان هل هو سر أو ليس بسر ؟ فقال مالك : هو سر ويفسخ ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : ليس بسر . وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم إنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار ؟ فن قال حكم شرعي قال : هي شرط من شروط الصحة ؛ ومن قال توثق قال : من شروط التمام . والأصل في هذا ما روى عن ابن عباس « لانكاح إلا بشاهدين عدل وولي مرشد » ولا يخالف له من الصحابة ، وكثير من الناس رأى هذا داخلًا في باب الإجماع وهو ضعيف ، وهذا الحديث قد روى مرفوعاً ذكره الدارقطني ، وذكر أن في سنده مجاهيل ؛ وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين ، لأن المقصود عنده بالشهادة هو الإعلان فقط ؛ والشافعي يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين : أعني الإعلان والقبول ، ولذلك اشترط فيها العدالة ؛ وأما مالك فليس تتضمن عنده الإعلان إذا وصى الشاهدان بالكتّان . وسبب اختلافهم هل ما تقع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر أم لا ؟

والأصل في اشتراط الإعلان قول النبي عليه الصلاة والسلام « أَعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفُوفِ » خرجه أبو داود ، وقال عمر فيه : هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجعت : وقال أبو ثور وجماعة : ليس الشهود من شرط النكاح ، لاشتراط صحة ولا شرط تمام ، أو فعل ذلك الحسن بن علي ، روى عنه أنه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح .

الفصل الثالث في الصداق

والنظر في الصداق في ستة مواضع : الأول : في حكمه وأركانه . الموضع الثاني في تقرر جميعه للزوجة . الموضع الثالث : في تشطيره . الموضع الرابع : في التفويض وحكمه . الموضع الخامس : الأصدقة الفاسدة وحكمها . الموضع السادس : في اختلاف الزوجين في الصداق .

(الموضع الأول) وهذا الموضع فيه أربع مسائل : الأولى : في حكمه ، الثانية : في قدره . الثالثة : في جنسه ووصفه . الرابعة : في تأجيله .

(المسئلة الأولى) أما حكمه فإنهم اتفقوا على أنه شرط من شروط الصحة وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى - وَأَتَوْنَا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً - وقوله تعالى - فَاَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ - .

(المسئلة الثانية) وأما قدره فإنهم اتفقوا على أنه ليس لأكثره حد . واختلفوا في أقله ، فقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين : ليس لأقله حد ، وكل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشيء جاز أن يكون صداقا ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك ، وقال طائفة بوجوب تحديد أقله ، وهؤلاء اختلفوا ، فالمشهور في ذلك مذهبان : أحدهما مذهب مالك وأصحابه ، والثاني مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، فأما مالك فقال : أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة ، أو ماساوى الدراهم الثلاثة ، أعنى دراهم الكيل فقط في المشهور ، وقيل أو ماساوى أحدهما ، وقال أبو حنيفة : عشرة دراهم أقله ، وقيل خمسة دراهم ، وقيل أربعون درهما . وسبب اختلافهم في التقدير سببان : أحدهما ترده بين أن يكون عوضا من الأعواض يعتبر فيه الرضى بالقليل كان أو بالكثير كالحال في البيوعات ، وبين أن يكون عبادة

فيكون مؤقتا ، وذلك أنه من جهة أنه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض ، ومن جهة أنه لا يجزئ التراضي على إسقاطه يشبه العبادات . والسبب الثاني معارضة هذا القياس ، فالمقتضى التحديد لمفهوم الأثر الذي لا يقتضى التحديد . أما القياس الذي يقتضى التحديد فهو كما قلنا إنه عبادة والعبادات مؤقتة . وأما الأثر الذي يقتضى مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته ، وفيه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله إنى قد وهبت نفسي لك ، فقامت قياما طويلا ، فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل معك من شيء تنصدقها إياه ؟ قال : ما عندي إلا إزارى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن أعطيتها إياه جلتست لإزاراك لك فالتمس شيئا ، فقال : لأجد شيئا ، فقال عليه الصلاة والسلام : التمس ولو خاتما من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل معك شيء من القرآن ؟ قال : نعم ، سورة كذا وسورة كذا - لسورسها - فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد أنكحتكها بما معك من القرآن » قالوا : فقله عليه الصلاة والسلام « التمس ولو خاتما من حديد » دليل على أنه لا قدر لأقله لأنه لو كان له قدر لبيته إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، وهذا الاستدلال بئس كما ترى مع أن القياس الذي اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته ، وذلك أنه النبي على مقدمتين : إحداهما أن الصداق عبادة ، والثانية أن العبادة مؤقتة ، وفي كليهما نزاع للخصم ، وذلك أنه قد يلغى في الشرع من العبادات ما ليست مؤقتة ، بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم . وأيضا فإنه ليس فيه شبه العبادات خالصا ، وإنما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الأثر لاحتمال أن يكون ذلك الأثر خاصا بذلك الرجل لقوله فيه « قد أنكحتكها بما معك من القرآن » وهذا خلاف للأصول ، وإن كان قد جاء في بعض رواياته أنه قال « قنم فعلنمها » لما ذكر أنه معه من القرآن ، فقام فعلهما ، فجاء نكاحا بإجارة ، لكن لما التمسوا أصلا يقيسون عليه قدر

الصدائق لم يجدوا شيئا أقرب شبيها به من نصاب القطع على بعد ما بينهما . وذلك أن القياس الذي استعملوه في ذلك هو أنهم قالوا : عضو مستباح بمال ، فوجب أن يكون مقدرا أصله القطع ، وضعف هذا القياس هو من قبل الاستباحة فیهما هي مقولة باشتراك الاسم ، وذلك أن القطع غير الوطاء ، وأيضا فإن القطع استباحة على جهة العقوبة والأذى ونقص خلقه ، وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة ، ومن شأنه قياس الشبه على ضعفه أن يكون الذي به تشابه الفرع والأصل شيئا واحدا لا باللفظ بل بالمعنى ، وأن يكون الحكم إنما وجد للأصل من جهة الشبه ، وهذا كله معدوم في هذا القياس ، ومع هذا فإنه من الشبه الذي لم ينب عليه اللفظ ، وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين ، لكن لم يستعملوا هذا القياس في إثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث إذ هو في غاية الضعف ، وإنما استعملوه في تعيين قدر التحديد . وأما القياس الذي استعملوه في معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا ، ويشهد لعدم التحديد ما أخرجه الترمذی « أن امرأة تزوجت على نعلين ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَرْضَيْتِ مِنِّي نَفْسِيكَ وَمَا لَكَ بِنَعْلَيْنِ ؟ فقالت نعم ، فجوّز نكاحها » وقال هو حديث حسن صحيح . ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب السرقة ، فقال مالك : هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، لأنه النصاب في السرقة عنده ؛ وقال أبو حنيفة : هو عشرة دراهم ؛ لأنه النصاب في السرقة عنده ؛ وقال ابن شبرمة : هو خمسة دراهم ، لأنه النصاب عنده أيضا في السرقة وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محمدا هذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « لَا مَهْرَ بِأَقْلٍ مِّنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ » وأما كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف لأنه كان يجب لموضع هذا الحديث أن يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص ، لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فإنه يرويه ، قالوا مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن عطاء عن جابر ، ومبشر والحجاج ضعيفان ، وعطاء أيضا لم يلق جابرا ، ولذلك لا يمكن أن يقال إن هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد .

(المسئلة الثالثة) أما جنسه فكل ما جاز. أن يملك وأن يكون عوضاً .
واختلفوا من ذلك في مكانين : في النكاح بالإجارة ، وفي جعل عتق أمته
صداقها . أما النكاح على الإجارة ففي المذهب فيه ثلاثة أقوال : قول بالإجارة ،
وقول بالمنع ، وقول بالكراهة : والمشهور عن مالك الكراهة ، ولذلك رأى
فسخه قبل الدخول ، وأجازه من أصحابه أصبغ وبنون ، وهو قول الشافعي ،
ومنه ابن القاسم وأبو حنيفة إلا في العبد فإن أبا حنيفة أجازه . وسبب اختلافهم
سببان : أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم الأمر
بالعكس ؟ فمن قال هو لازم أجازه لقوله تعالى - لِمَیْ أُرِيدُوا أَنْ تُنكِحُوا
لِحَدَثِ ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي أَحْجَجَ - الآية ؛ ومن
قال ليس بل لازم قال : لا يجوز النكاح بالإجارة . والسبب الثاني هل يجوز أن
يقاس النكاح في ذلك على الإجارة ؟ وذلك أن الإجارة هي مستثناة من بيع
الغر المحبوس ، ولذلك خالف فيها الأصم وابن علية ، وذلك أن أصل التعامل
إنما هو على عين معروفة ثابتة في عين معروفة ثابتة ، والإجارة هي عين ثابتة
في مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها . ولذلك اختلف الفقهاء
متى تجب الأجرة على المستأجر ؛ وأما كون العتق صدقاً فإنه منعه فقهاء
الأمصار ماعدا داود وأحمد . وسبب اختلافهم معارضة الأثر الوارد في ذلك
للأصول ، أعني ما ثبت من « أنه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية وجعل
عتقها صداقها » مع احتمال أن يكون هذا خاصاً به عليه الصلاة والسلام لكثرة
اختصاصه في هذا الباب ، ووجه مفارقتها للأصول أن العتق إزالة ملك ،
والإزالة لا تتضمن استباحة الشيء بوجه آخر لأنها إذا أعتقت ملكت نفسها
فكيف يلزمها النكاح ؟ ولذلك قال الشافعي : إنها إن كرهت زواجه غرمت
له قيمتها ، لأنه رأى أنها قد ألفت عليه قيمتها إذ كان إنما ألتفها بشرط
الاستمتاع بها ، وهذا كله لا يعارض به فعله عليه الصلاة والسلام ، ولو كان
غير جائز لغيره لبينه عليه الصلاة والسلام . والأصل أن أفعاله لازمة لنا ،
إلا ما قام الدليل على خصوصيته . وأما صفة الصداق فإنهم اتفقوا على انعقاد
النكاح على العوض المعين الموصوف ، أعني المنضبط جنسه وقلره بالوصف .

واختلفوا في العوض الغير موصوف ولا معين ، مثل أن يقول أنكحتكها على عبد أو خادم ، من غير أن يصف ذلك وصفا يضبط قيمته ، فقال مالك وأبو حنيفة يجوز ؛ وقال الشافعي لا يجوز ؛ وإذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمي ؛ وقال أبو حنيفة : يجبر على القيمة . وسبب اختلا فهم هل يجري النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في التشاح ، أو ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة ؟ فن قال يجري في التشاح مجرى البيع قال : كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف كذلك لا يجوز النكاح ؛ ومن قال ليس يجري مجراه إذ المقصود منه إنما هو المكارمة قال : يجوز . وأما التأجيل فإن قوما لم يميزوه أصلا ، وقوم أجازوه واستحبوا أن يقدم شيئا منه إذا أراد الدخول وهو مذهب مالك ؛ والذين أجازوا التأجيل منهم من لم يميزه إلا لزم من محدود وقدر هذا البعد ، وهو مذهب مالك ؛ ومنهم من أجاز له موت أو فراق ، وهو مذهب الأوزاعي . وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع في التأجيل أو لا يشبهه ؟ فن قال يشبهه لم يميز التأجيل لموت أو فراق ؛ ومن قال لا يشبهه أجاز ذلك ؛ ومن منع التأجيل فلكونه عبادة .

(الموضع الثاني : في النظر في التقرر) واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت . أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا - الآية . وأما وجوبه بالمات فلا أعلم الآن فيه دليلا مسموعا إلا انعقاد الإجماع على ذلك . واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس أم ليس ذلك من شرطه ، بل يجب بالدخول والخلوة ، وهو الذي يعنون بإرخاء الستور ؟ فقال مالك والشافعي وداود : لا يجب بإرخاء الستور إلا نصف المهر ما لم يكن المسيس ؛ وقال أبو حنيفة ؛ يجب المهر بالخلوة نفسها إلا أن يكون محرما أو مريضا أو صائما في رمضان أو كانت المرأة حائضا ؛ وقال ابن أبي ليلى : يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئا . وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب ، وذلك أنه نص تبارك وتعالى في المخلول بها المنكوحة أنه ليس يجوز أن يؤخذ من صداقها

شيء في قوله تعالى - وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ - ونص في المطلقة قبل المسيس أن لها نصف الصداق ، فقال تعالى - وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ - وهذا نص كما ترى في حكم كل واحدة من هاتين الحالتين : أعنى قبل المسيس وبعد المسيس ولا وسط بينهما ، فوجب بهذا إيجابا ظاهرا أن الصداق لا يجب إلا بالمسيس ، والمسيس ههنا الظاهر من أمره أنه الجماع ، وقد يحتمل أن يحمل على أصله في اللغة وهو المس ، ولعل هذا هو الذى تأولت الصحابة ، ولذلك قال مالك في العنين المؤجل إنه قد وجب لها الصداق عليه إذا وقع الطلاق لطول مقامه معها ، فجعل له دون الجماع تأثيرا في إيجاب الصداق . وأما الأحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهو أن من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم في ذلك فيما حكموا . واختلفوا من هذا الباب في فرع ، وهو إذا اختلفا في المسيس أعنى القائلين باشتراط المسيس ، وذلك مثل أن تدعى هى المسيس وينكر هو ، فالمشهور عن مالك أن القول قولها ؛ وقيل إن كان دخول بناء صدقت ، وإن كان دخول زيارة لم تصدق ؛ وقيل إن كانت بكرا نظر إليها الذساء ، فيتحصل فيها في المذهب ثلاثة أقوال ؛ وقال الشافعى وأهل الظاهر : القول قوله ، وذلك لأنه مدعى عليه ؛ ومالك ليس يعتبر في وجوب البين على المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه ، بل من جهة ما هو أقوى شبهة في الأكثر ، ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعى إذا كان أقوى شبهة . وهذا الخلاف يرجع إلى هل لإيجاب البين على المدعى عليه معلل أو غير معلل ، وكذلك القول في وجوب البينة على المدعى ، وسيأتى هذا في مكانه .

(الموضع الثالث : في التشطير) واتفقوا اتفاقا مجملا أنه إذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقا أنه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى - فنصف ما فرضتم - الآية . والنظر في التشطير في أصول ثلاثة : في محله من الأنكحة ، وفي موجهه من أنواع الطلاق : أعنى الواقع قبل الدخول ، وفي حكم ما يعرض له من التغيرات قبل الطلاق . أما محله من النكاح عند مالك

فهو النكاح الصحيح ، أغنى أن يكون يقع الطلاق الذى قبل الدخول فى النكاح الصحيح . وأما النكاح الفاسد ، فإن لم تكن الفرقة فيه فسخا وطلوق قبل الفسخ فى ذلك قولان . وأما موجب التشطير فهو الطلاق الذى يكون باختيار من الزوج لا باختيار منها مثل الطلاق الذى يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه . واختلفوا من هذا الباب فى الذى يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو النفقة مع عمره ، ولا فرق بينه وبين [القيام بالعيب] . وأما الفسوخ التى ليست طلاقا فلا خلاف أنها ليست توجب التشطير إذا كان فيها الفسخ من قبل العقد أو من قبل الصداق ، وبالجملة من قبل عدم موجبات الصحة ، وليس لها فى ذلك اختيار أصلا . وأما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع فإن لم يكن لأحدهما فيه اختيار أو كان لها دونه لم يوجب التشطير . وإن كان له فيه اختيار مثل الردة أوجب التشطير . والذى يقتضيه منه أهله الظاهر أن كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها أو سببه ، وأن ما كان فسحا ولم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه . وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة ؛ فن قال إنها معقولة المعنى وأنه إنما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها لمكان الخبر على رد سلعتها وأخذ الثمن كالحال فى المشتري فلما فارق النكاح فى هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضا من ذلك الحق قال : إذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شيء لأنها أسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ، ومن قال إنها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ قال : يلزم التشطير فى كل طلاق كان من سببه أو سببها . فأما حكم ما يعرض للصداق من التغيرات قبل الطلاق فإن ذلك لا يخلو أن يكون من قبلها أو من الله ، فما كان من قبل الله فلا يخلو من أربعة أوجه : إما أن يكون تلفا للكل ، وإما أن يكون نقصا ، وإما أن يكون زيادة ، وأما أن يكون زيادة ونقصا معا . وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفها فيه بتفويت مثل البيع والعق والهبة ، أو يكون تصرفها فيه فى منافعها الخاصة بها أو فيما تجهز به إلى زوجها ؛ فعند مالك أنهما فى التلف وفى الزيادة وفى نقصان شريكان ؛ وعند الشافعى أنه يرجع فى النقصان والتلف عليها بالنصف

ولا يرجع بنصف الزيادة . وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول أو الموت ملكا مستقرا أو لا تملكه ؟ فن قال إنها لا تملكه ملكا مستقرا قال : هما فيه شريكان ما لم تتعد فتدخله في منافعها ؛ ومن قال تملكه ملكا مستقرا والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك أوجب الرجوع عليها بجميع ما ذهب عندها ؛ ولم يختلفوا أنها إذا صرفته في منافعها ضامنة للنصف . واختلفوا إذا اشترت به ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذي هو الثمن ؟ فقال مالك : يرجع عليها بنصف ما اشترته ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : يرجع عليها بنصف الثمن الذي هو الصداق . واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للأب أن يعفو عن نصف الصداق في ابنته البكر ؟ أعنى إذا طلقت قبل الدخول وللبيد في أمته ؟ فقال مالك : ذلك له ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : ليس ذلك له . وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذي في قوله تعالى - **إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ** - **أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ** - وذلك في لفظة «يعفو» فإنها تقال في كلام العرب مرة بمعنى يسقط ومرة بمعنى يهب ؛ وفي قوله «الذي بيده عقدة النكاح» على من يعود هذا الضمير هل على الولي أو على الزوج ؛ فن قال على الزوج جعل «يعفو» بمعنى يهب ومن قال على الولي جعل «يعفو» بمعنى يسقط . وشذ قوم فقالوا : لكل ولي أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ، ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان في الآية على السواء ، لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكما زائدا في الآية : أى شرعا زائدا ، لأن جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع . ومن جعله الولي ، لما الأب وإما غيره فقد زاد شرعا ، فلذلك يجب عليه أن يأتي بدليل يبين به أن الآية أظهر في الولي منها في الزوج وذلك شيء يعسر ؛ والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها ؛ وشذ قوم فقالوا : يجوز أن تهب مصيرا لعموم قوله تعالى - **إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ** - . واختلفوا من هذا الباب في المرأة إذا هبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول ؛ فقال مالك : ليس يرجع عليها بشيء ؛ وقال الشافعي : يرجع عليها بنصف الصداق .

وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو في عين الصداق أو في ذمة المرأة ؟ فمن قال في عين الصداق قال : لا يرجع عليها بشيء لأنه قبض الصداق كله ؛ ومن قال هو في ذمة المرأة قال : يرجع وإن وهبته له كما لو ومبت له غير ذلك من مالها : وفرق أبو حنيفة في هذه المسئلة بين القبض ولا قبض ، فقال : إن قبضت فله النصف وإن لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء كأنه رأى أن الحق في العين ما لم تقبض ، فإذا قبضت صار في الذمة .

(الموضع الرابع : في التفويض) وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز ، وهو أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى - لاجْنَحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً - . واختلفوا من ذلك في موضعين : أحدهما إذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلفا في القدر . الموضع الثاني : إذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا ؟ .

(فأما المسئلة الأولى) وهي إذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهر ، فقالت طائفة : يفرض لها مهر مثلها ، وليس للزوج في ذلك خيار ، فإن طلق بعد الحكم ، فن هؤلاء من قال : لها نصف الصداق ؛ ومنهم من قال : ليس لها شيء ، لأن أصل الفرض لم يكن في عقدة النكاح ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ؛ وقال مالك وأصحابه : الزوج بين خيارات ثلاث : إما أن يطلق ولا يفرض ، وإما أن يفرض ما تطلبه المرأة به ، وإما أن يفرض صداق المثل ويلزمها . وسبب اختلافهم ، أعني بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج إذا طلق بعد طلبها الفرض ، ومن لا يوجب اختلافهم في مفهوم قوله تعالى - لاجْنَحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً - هل هذا محمول على العموم في سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف في ذلك ، وأيضا فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر في كل حال ، أو لا يفهم ذلك ؟ فيه احتمال وإن كان الأظهر سقوطه في كل حال لقوله تعالى - وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرَهُ - ولا خلاف أعلمه في أنه إذا طلق ابتداء أنه ليس عليه شيء ، وقد كان يجب على من أوجب

لها المتعة مع شطر الصداق إذا طلق قبل الدخول في نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض أن يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر المثل ، لأن الآية لم تعرض بمفهومها لإسقاط الصداق في نكاح التفويض ، وإنما تعرضت لإباحة الطلاق قبل الفرض فإن كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل إذا طلب فواجب أن يتشطر إذا وقع الطلاق كما يتشطر في المسمى ، ولهذا قال مالك إنه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج .

(وأما المسئلة الثانية) وهي إذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها ، فإن مالكا وأصحابه والأوزاعي قالوا : ليس لها صداق ولها المتعة والميراث . وقال أبو حنيفة : لها صداق المثل والميراث وبه وقال أحمد وداود ، وعن الشافعي القولان جميعا ، إلا أن المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك . وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر . أما الأثر فهو ما روى عن ابن مسعود أنه سئل عن هذه المسئلة فقال : أقول فيها برأي فإن كان صوابا فمن الله وإن كان خطأ فني : أرى لها صداق امرأة من نساءها لاوكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث ، فقام معقل بن يسار الأشجعي فقال : أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في برّوع بذت واشتق ، خرجته أبو داود والذسائي والترمذي وصححه . وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عوض ، فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياسا على البيع . وقال المزني عن الشافعي في هذه المسئلة : إن ثبت حديث بروع فلا حجة في قول أحد مع السنة ، والذي قاله هو الصواب والله أعلم .

(الموضع الخامس : في الأصدقة الفاسدة) والصداق يفسد إما لعينه وإما لمصفة فيه من جهل أو عذر ، فالذي يفسد لعينه فمثل الخمر والخنزير وما لا يجوز أن يمتلك ، والذي يفسد من قبل العذر والجهل فالأصل فيه بالبيع ، وفي ذلك خمس مسائل مشهورة :

(المسئلة الأولى) إذا كان الصداق خمر أو خنزيرا أو ثمرة لم يبد صلاحها أو بعيرا شاردا ، فقال أبو حنيفة : العقد صحيح إذا وقع فيه مهر المثل ؛ وعن مالك في ذلك روايتان : إحداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وهو قول أبي عبيد . والثانية أنه إن دخل ثبت ولها صداق المثل . وسبب اختلافهم هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع أم ليس كذلك ؟ فن قال حكمه حكم البيع

قال : يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن ، ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطاً في صحة العقد قال : يمضي النكاح ويصح بصداق المثل ، والفرق بين الدخول وعلمه ضعيف ، والذي تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياساً على البيع ، ولست أذكر الآن فيه نصاً .
(المسئلة الثانية) واختلفوا إذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع إليه عبداً ويدفع ألف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من الصداق ، فنهه مالك وابن القاسم ، وبه قال أبو ثور ، وأجازه أشهب ، وهو قول أبي حنيفة ، وفرق عبد الله فقال : إن كان الباقي بعد البيع ربع دينار فصاعداً بأمر لا يشك فيه جاز . واختلف فيه قول الشافعي ، فرة قال : ذلك جائز ، ومرة قال : فيه مهر المثل . وسبب اختلافهم هل النكاح في ذلك شبهه بالبيع أم ليس بشبهه ؟ فن شبهه في ذلك بالبيع منعه ، ومن جوز في النكاح من الجهل ما لا يجوز في البيع قال يجوز .

(المسئلة الثالثة) واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه في صداقها حياء يحايي به الأب على ثلاثة أقوال : فقال أبو حنيفة وأصحابه : الشرط لازم والصداق صحيح ؛ وقال الشافعي : المهر فاسد ولها صداق المثل ؛ وقال مالك : إذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنته ، وإن كان بعد النكاح فهو له . وسبب اختلافهم تشبيه النكاح في ذلك بالبيع ، فن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حياء قال : لا يجوز النكاح كما لا يجوز البيع ؛ ومن جعل النكاح في ذلك مخالفاً للبيع قال : يجوز . وأما تفريق مالك فلا لأنه اتهمه إذا كان الشرط في عقد النكاح أن يكون ذلك الذي اشترطه لنفسه نقصاناً من صداق مثلها ، ولم يتهمه إذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق ، وقول مالك هو قول عمر ابن عبد العزيز والثوري وأبي عبيد . وخرج أبو داود والنسائي وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَيَّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ عَلَى حَبَاءٍ قَبْلَ عَصْمَةِ النَّكَاحِ فَهِيَ لَهَا ، وَمَا كَانَ بَعْدَ عَصْمَةِ النَّكَاحِ فَهِيَ لِمَنْ أَعْطَيْتَهُ ، وَأَحَقُّ مَا أُكْرِمَ الرَّجُلُ عَلَيْهِ ابْنَتُهُ وَأُخْتُهُ » وحديث عمرو بن شعيب يختلف فيه من

قبل أنه صحفه ، ولكنه نص في قول مالك . وقال أبو عمر بن عبد البر : إذا روته الثقات وجب العمل به .

(المسئلة الرابعة) واختلفوا في الصداق يستحق أو يوجد به عيب ، فقال الجمهور : النكاح ثابت . واختلفوا هل ترجع بالقيمة أو بالمثل أو بمهر المثل ؟ واختلف في ذلك يقول الشافعي . فقال مرة بالقيمة ، وقال مرة بمهر المثل ، وكذلك اختلف المذهب في ذلك ، فقيل ترجع بالقيمة ، وقيل ترجع بالمثل . قال أبو الحسن اللخمي : ولو قيل ترجع بالأقل من القيمة أو صداق المثل لكان ذلك وجها . وشذوحنون فقال : النكاح فاسد . ومبنى الخلاف هل يشبه النكاح في ذلك البيع أو لا يشبهه ؟ فن شبهه قال : بنفسه ؛ ومن لم يشبهه قال : لا بنفسه .

(المسئلة الخامسة) واختلفوا في الرجل ينكح المرأة على أن الصداق ألف إن لم يكن له زوجة ، وإن كانت له زوجة فالصداق ألفان ، فقال الجمهور يجوازه . واختلفوا في الواجب في ذلك ، فقال قوم : الشرط جائز ، ولها من الصداق بحسب ما اشترط ؛ وقالت طائفة : لها مهر المثل ، وهو قول الشافعي وبه قال أبو ثور ، إلا أنه قال : إن طلقها قبل الدخول لم يكن لها إلا المنة ؛ وقال أبو حنيفة : إن كانت له امرأة فلها ألف درهم ، وإن لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها ما لم يكن أكثر من الألفين أو أقل من الألف ؛ ويتخرج في هذا قول أن النكاح مفسوخ لمكان الغرر ، ولست أذكر الآن نصا فيها في المذهب فهذه مشهور مسائلهم في هذا الباب وفروعه كثيرة . . واختلفوا فيما يعتبر به مهر المثل إذا قضى به في هذه المواضع وما أشبهها ، فقال مالك : يعتبر في جمالها ونصابها ؛ وما لها ؛ وقال الشافعي : يعتبر بذناء عصبيتها فقط ؛ وقال أبو حنيفة : يعتبر في ذلك نساء قرابتها من العصبية وغيرهم ، ومبنى الخلاف هل الماثلة في المنصب فقط أو في المنصب والمال والجمال ، لقوله عليه الصلاة والسلام « تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها » الحديث .

(الموضع السادس : في اختلاف الزوجين في الصداق) واختلفهم لا يخلو أن يكون في القبض أو في القدر أو في الجنس أو في الوقت : أعنى وقت الوجوب (١) قوله ونصابها : هكذا في النسخ ولعله منصبا فتأمل اه مصححه .

فأما إذا اختلفا في القدر فقالت المرأة مثلاً بمائتين وقال الزوج بمائة ، فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك اختلافاً كثيراً ، فقال مالك : إنه إن كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه أنهما يتحالفان ويتفاخنان ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الخالف ، وإن نكلا جميعاً كان بمنزلة ما إذا حلفا جميعاً ، ومن أتى بما يشبه منهما كان القول قوله ، وإن كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج ؛ وقالت طائفة : القول قول الزوج مع يمينه ، وبه قال أبو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة وجماعة ؛ وقالت طائفة : القول قول الزوجة إلى مهر مثلها ، وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها ؛ وقالت طائفة : إذا اختلفا تحالفاً ورجع إلى مهر المثل ولم تر الفسخ كمالك ، وهو مذهب الشافعي والثوري وجماعة ، وقد قيل إنها ترد إلى صداق المثل دون يمين ما لم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو . واختلفهم مبنى على اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « البَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » هل ذلك معلل أو غير معلل ؟ فن قال معلل قال : يحلف أبداً أقواهما شبهة ، فإن استويا تحالفاً وتفاخنا ، ومن قال غير معلل قال : يحلف الزوج لأنها تقر له بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قلراً زائداً فهو مدعى عليه ؛ وقيل أيضاً يتحالفان أبداً ، لأن كل واحد منهما مدعى عليه ، وذلك عند من لم يراع الأشباه ، والخلاف في ذلك في المذهب ومن قال القول قولها إلى مهر المثل ، والقول قوله فيما زاد على مهر المثل برأى أنهما لا يستويان أبداً في الدعوى ، بل يكون أحدهما ولا بد أقوى شبهة ، وذلك أنه لا يخلو دعواها من أن يكون فيما يعادل صداق مثلها فادونه فيكون القول قولها ، أو يكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله . وسبب اختلاف مالك والشافعي في التفاسخ بعد التحالف والرجوع إلى صداق المثل ، هو هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يشبه ؟ فن قال يشبه به قال بالتفاسخ ؛ ومن قال لا يشبه ، لأن الصداق ليس من شرط صحة العقد قال : بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من أصحاب مالك أنه لا يجوز لهما بعد التحالف أن يترافيا على شيء ولا أن يرجع أحدهما إلى قول الآخر ويرضى به فهو في غاية الضعف ؛ ومن ذهب إلى هذا فإنما يشبه باللعان ، وهو تشبيه ضعيف

مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه . وأما إذا اختلفا في القبض فقالت الزوجة لم أقبض ، وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور : القول قول المرأة الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور ؛ وقال مالك : القول قولها قبل الدخول ، والقول قوله بعد الدخول ؛ وقال بعض أصحابه : إنما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق ، فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها ، أبدا ؛ والقول بأن القول قولها أبدا أحسن لأنها مدعى عليها ، ولكن ذلك راعى قوة الشبهة التي له إذا دخل بها الزوج ؛ واختلف أصحاب مالك إذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين أو بغير يمين أحسن . وأما إذا اختلف في جنس الصداق فقال هو مثلا زوجتك على هذا العبد ، وقالت هي زوجتك على هذا الثوب ، فالمشهور في المذهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان إن كان الاختلاف قبل البناء وإن كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق مثل ما لم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترفت به ؛ وقال ابن القصار : يتحالفان قبل الدخول ، والقول قول الزوج بعد الدخول ؛ وقال أصبغ : القول قول الزوج إن كان يشبه سواء أشبه قولها أو لم يشبه ، فإن لم يشبه قول الزوج فإن كان قولها مشبها كان القول قولها ، وإن لم يكن قولها مشبها تحالفاً وكان لها صداق المثل ؛ وقول الشافعي في هذه المسئلة مثل قوله عنه اختلافها في القدر : أغنى يتحالفان ويتراجعان إلى مهر المثل . وسبب هول الفقهاء بالتفاسخ في البيع ستعرف أصله في كتاب البيوع إن شاء الله . وأما اختلافهم في الوقت فإنه يتصور في الكالي . والذي يجيء على أصل قول مالك فيه في المشهور عنه أن القول في الأجل قول الغارم قياساً على البيع وفيه خلاف ويتصور أيضاً متى يجب هل قبل الدخول أو بعده ؟ فمن شبه النكاح بالبيوع قال : لا يجب إلا بعد الدخول قياساً على البيع . إذ لا يجب الثمن على المشتري إلا بعد قبض السلعة ومن رأى أن الصداق عبادة يشترط في الحلية قال : يجب قبل الدخول ولذلك استحب مالك أن يقدم الزوج قبل الدخول شيئاً من الصداق .

(الركن الثالث : في معرفة محل العقد) وكل امرأة فإنها تحل في الشرع بوجهين : إما بنكاح ، أو بملك يمين . والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولاً

إلى قسمين : موانع مؤبدة ، وموانع غير مؤبدة . والموانع المؤبدة تنقسم إلى متفق عليها ، ومختلف فيها . فالمتفق عليها ثلاث : نسب ، وصهر ، ورضاع . والمختلف فيها الزنى ، واللعان والغير مؤبدة تنقسم إلى تسعة : أحدها مانع العدد . والثاني : مانع الجمع . والثالث : مانع الرق والرابع : مانع الكفر والخامس : مانع الإحرام . والسادس : مانع المرض . والسابع : مانع العدة على اختلاف في عدم تأييده . والثامن : مانع التطليق ثلاثا للمطلق . والتاسع : مانع الزوجية . فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعا ، وفي هذا الباب أربعة عشر فصلا .

الفصل الأول في مانع النسب

واتفقوا على أن النساء اللاتي يحرم من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن : الأمهات والبنات والأخوات والعلمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت . واتفقوا على أن الأم ههنا : اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الأم أو من جهة الأب ؛ والبنات : اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنات أو مباشرة ؛ وأما الأخت : فهي اسم لكل أنثى شاركك في أحد أصليك أو مجموعيهما أعنى الأب أو الأم أو كليهما ؛ والعمة : اسم لكل أنثى هي أخت لأبيك أو لكل ذكر له عليك ولادة ؛ وأما الخالة : فهي اسم لأخت أمك أو أخت كل أنثى لها عليك ولادة ؛ وبنات الأخ : اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة ؛ وبنات الأخت : اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها . فهؤلاء الأعيان السبع محرمات ، ولا خلاف أعلمه في هذه الجملة . والأصل فيها قوله تعالى (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ) إلى آخر الآية . وأجمعوا على أن النسب الذي يحرم الوطء بنبكاح يحرم الوطء بملك البين .

الفصل الثاني في المصاهرة

وأما المحرمات بالمصاهرة فلهن أربع : زوجات الآباء ، والأصل فيه قوله تعالى -- ولا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ النِّسَاءِ -- الآية ، وزوجات

الأبناء . والأصل في ذلك أيضا قوله تعالى - وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ - وأمهات النساء أيضا ، والأصل في ذلك قوله تعالى - وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ - . وبنات الزوجات ، والأصل فيه قوله تعالى - وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ - فهؤلاء الأربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد ، وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء ، وواحدة باللحلول وهي ابنة الزوجة .

واختلفوا منها في موضعين : أحدهما هل من شرطها أن تكون في حجب الزوج والثانية هل تحرم بالمباشرة للأم للدة أو بالوطء ؟ . وأما أم الزوجة فلهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط ؟ واختلفوا أيضا من هذا الباب في مسألة رابعة ، وهي هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجب النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة ؟ فهنا أربع مسائل .

(المسئلة الأولى) وهي هل من شرط تحريم بنت الزوجة أن تكون في حجب الزوج أم ليس ذلك من شرطه ؟ فإن الجمهور على أن ذلك ليس من شرط التحريم ؛ وقال داود ذلك من شرطه ؛ ومبنى الخلاف هل قوله تعالى - اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ - وصف له تأثير في الحرمة أو ليس له تأثير ، وإنما خرج مخرج الموجود أكثر ؟ فن قال خرج مخرج الموجود الأكثر وليس هو شرطاً في الربائب ، إذ لا فرق في ذلك بين التي في حجره أو التي ليست في حجره قال : تحرم الربيبة بإطلاق ؛ ومن جعله شرطاً غير معقول المعنى قال : لا تحرم إلا إذا كانت في حجره .

(المسئلة الثانية) وأما هل تحرم البنت بمباشرة الأم فقط أو بالوطء ؟ فلهم اتفقوا على أن حرمتها بالوطء . واختلفوا فيما دون الوطاء من اللبس والنظر إلى الفرج لشهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرم أم لا ؟ فقال مالك والثوري وأبو حنيفة والأوزاعي والليث بن سعد : إن اللبس لشهوة يحرم الأم ، وهو أحد قولي الشافعي ؛ وقال داود والمزني : لا يحرمها إلا الوطاء وهو أحد قولي الشافعي المختار عنده ، والنظر عند مالك كاللمس إذا كان نظر تلذذ إلى أى عضو كان ، وفيه عنه خلاف ؛ ووافقه أبو حنيفة في النظر إلى الفرج فقط ؛ وحمل الثوري النظر محمل اللبس ولم يشترط اللذة ؛

وخالفهم في ذلك ابن أبي ليلى والشافعي في أحد قوله فلم يوجب في النظر شيئاً ، وأوجب في اللبس . ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط اللبس في قوله تعالى - اللاتي دخلتم بهن - الوطء أو التلذذ بما دون الوطء ؟ فإن كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر أم لا ؟ .

(المسئلة الثالثة) وأما الأم فذهب الجمهور من كافة فقهاء الأمصار إلى أنها تحرم بالعقد على البنت دخل بها أو لم يدخل ، وذهب قوم إلى أن الأم لا تحرم إلا بالدخول على البنت كالحال في البنت : أعنى أنها لا تحرم إلا بالدخول على الأم ، وهو مروى عن علي وابن عباس رضي الله عنهما من طرق ضعيفة . ومبنى الخلاف هل الشرط في قوله تعالى - اللاتي دخلتم بهن - يعود إلى أقرب مذكور وهم الربائب فقط أو إلى الربائب والأمهات المذكورات قبل الربائب في قوله تعالى - وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن - فإنه يحتمل أن يكون قوله - اللاتي دخلتم بهن - يعود على الأمهات والبنات ، ويحتمل أن يعود إلى أقرب مذكور وهم البنات . ومن الحجة للجمهور ما روى المثني بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « أيما رجل نكح امرأة قد دخل بها أو لم يدخل فلا تحل له أمها » .

(وأما المسئلة الرابعة) فاختلفوا في الزنا هل يوجب من التحريم في هؤلاء ما يوجب الوطء في نكاح صحيح أو شبهة ؟ أعنى الذي يدرأ فيه الحد ، فقال الشافعي : الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح أمها ولا ابنتها ولا نكاح أبي الزاني لها ولا ابنه ؛ وقال أبو حنيفة : والثوري والأوزاعي : يحرم الزنا ما يحرم النكاح وأما مالك ففي الموطأ عنه مثل قول الشافعي أنه لا يحرم ، وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبي حنيفة أنه يحرم ؛ وقال سحنون : أصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ، وينسبون إلى ما في الموطأ ؛ وقد روى عن الليث أن الوطء شبهة لا يحرم وهو شاذ . وسبب الخلاف الاشتراك في اسم النكاح : أعنى في دلالة على المعنى الشرعي واللغوي ، فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم - قال : يحرم الزنا ، ومن راعى الدلالة الشرعية قال : لا يحرم الزنا

ومن علل هذا الحكم بالحرمة التي بين الأم والبنت وبين الأب والابن قال :
يحرم الزنا أيضا ، ومن شبهه بالنسب قال : لا يحرم لإجماع الأكثر على أن
النسب لا يلحق بالزنا . واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على أن الوطء بملك اليمين
يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح . واختلفوا في تأثير المباشرة في ملك اليمين كما
اختلفوا في النكاح .

الفصل الثالث في مانع الرضاع

واتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب : أعني أن
المرضعة تنزل منزلة الأم ، فتحرم على الموضع . هي وكل من يحرم على الابن
من قبيل أم النسب . واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة ، القواعد منها تسع :
إحداها : في مقدار المحرم من اللبن . والثانية في سن الرضاع . والثالثة في حال
الموضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتا خاصا . والرابعة :
هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدي أو لا يعتبر . والخامسة : هل يعتبر
فيه الخالطة أم لا يعتبر . والسادسة : هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أو لا يعتبر
والسابعة : هل ينزل صاحب اللبن : أعني الزوج من الموضع منزلة أب ،
وهوالذي يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب . والثامنة : الشهادة
على الرضاع . والتاسعة : صفة المرضعة .

(المسئلة الأولى) أما مقدار المحرم من اللبن فإن قوما قالوا فيه بعدم التحديد
وهو مذهب مالك وأصحابه ، وروى عن علي وابن مسعود وهو قول ابن عمر
وابن عباس . وهؤلاء يحرم عندهم أى قدر كان ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه
والثوري والأوزاعي ؛ وقالت طائفة : بتحديد القدر المحرم ، وهؤلاء انقسموا
إلى ثلاث فرق . فقالت طائفة : لا تحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث
رضعات فما فوقها . وبه قال أبو عبيد وأبو ثور ؛ وقالت طائفة : المحرم خمس
رضعات ، وبه قال الشافعي ؛ وقالت طائفة : عشر رضعات . والسبب
في اختلافهم في هذه المسئلة معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة في التحديد
ومعارضة الأحاديث في ذلك بعضها بعضا . فأما عموم الكتاب فقوله تعالى
- وَأُمَمَّاهُتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ - الآية ، وهذا يقتضي ما ينطلق عليه
اسم الإرضاع ، والأحاديث المتعارضة في ذلك راجعة إلى حديثين في المعنى :

أحدهما حديث عائشة وما في معناه أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا تحرم المصّة ولا المصّتان أو الرّضعة والرّضعتان » خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثالث ، وفيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان » والحديث الثاني حديث سهل في سالم أنه قال لما النبي صلى الله عليه وسلم « أرضعيه خمس رضعات » وحديث عائشة في هذا المعنى أيضا قالت « كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن مما يقرأ من القرآن » فن رجح ظاهر القرآن على هذه الأحاديث قال : تحرم المصّة والمصّتان ؛ ومن جعل الأحاديث مفسرة الآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب في قوله عليه الصلاة والسلام « لا تحرم المصّة ولا المصّتان » على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال : الثلاثة فما فوقها هي التي تحرم ، وذلك أن دليل الخطاب في قوله « لا تحرم المصّة ولا المصّتان » يقتضى أن ما فوقها يحرم ، ودليل الخطاب في قوله « أرضعيه خمس رضعات » يقتضى أن ما دونها لا يحرم والنظر في ترجيح أحد دليلي الخطاب .

(المسئلة الثانية) واتفقوا على أن الرضاع يحرم في الحولين . واختلفوا في رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء : لا يحرم رضاع الكبير ؛ وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه يحرم ، وهو مذهب عائشة ، ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبي عليه الصلاة والسلام . وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك . وذلك أنه ورد في ذلك حديثان : أحدهما حديث سالم ، وقد تقدم ، والثاني حديث عائشة خرجه البخاري ومسلم قالت « دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل ، فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه ، فقلت : يا رسول الله إنه أخى من الرضاعة ، فقال عليه الصلاة والسلام : انظرون من إخواني كن من الرضاعة فإن الرضاعة من المسجعة » فن ذهب إلى ترجيح هذا الحديث قال : لا يحرم اللبن الذي لا يقوم للمرضع مقام الغذاء ، إلا أن حديث سالم نازلة في عين ، وكان سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ؛ ومن رجح حديث سالم وعلل حديث عائشة بأنها لم تعمل به قال : يحرم رضاع الكبير :

(المسئلة الثالثة) واختلفوا إذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك : لا يحرم ذلك الرضاع ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : تثبت الحرمة به . وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة السلام « فلما الرضاعة من المجاعة » فإنه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذي يكون في سن المجاعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ، ويحتمل أن يريد إذا كان الطفل غير مفطوم ، فإن نطم في بعض الحولين لم يكن رضاعا من المجاعة ، فالاختلاف آيل إلى أن الرضاع الذي سببه المجاعة والافتقار إلى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للأطفال وهو الافتقار الذي سببه سن الرضاع أو افتقار الموضع نفسه وهو الذي يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع ، والقائلون بتأثير الإرضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم الفطام^١ أو لم يشترطه اختلفوا في هذه المدة ، فقال هذه بالمدة حولان فقط ، وبه قال زفر ؛ واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين ، وفي قول الشهر عنه ، وفي قول عنه إلى ثلاثة أشهر ؛ وقال أبو حنيفة : حولان وستة شهور . وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم ، وذلك أن قوله تعالى - والوالدات يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَتَّىٰ لَسَيْنَ كَامِلَيْنِ - يوهم أن ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع مجاعة من اللبن ، وقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الرضاعة من المجاعة » يقتضي عمومه أن ما دام الطفل غذاؤه اللبن أن ذلك الرضاع يحرم ..

(المسئلة الرابعة) وأما هل يحرم الوجور واللدود ، وبالحملة ما يصل إلى الحلق من غير رضاع ، فإن مالكا قال : يحرم الوجور واللدود ؛ وقال عطاء وداود : لا يحرم . وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيفما وصل إلى الجوف ، أو وصوله على الجهة المعتادة ؟ فن راعى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذي ينطلق عليه اسم الرضاع قال : لا يحرم الوجور ولا اللدود ؛ ومن راعى وصول اللبن إلى الجوف كيفما وصل قال : يحرم .

(١) قوله الفطام : هكذا بالنسخ ، ولعله عدم الفطام لأنه لم يشترط أحد الفطام في التحريم ، بل مالك اشترط عدم الفطام تأمل اه مصححه .

(المسئلة الخامسة) وأما هل من شرط اللبن المحرم إذا وصل إلى الحلق ان يكون غير مخالط لغيره ، فإنهم اختلفوا في ذلك أيضا ، فقال ابن القاسم : إذا استهلك اللبن في ماء أو غيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ؛ وقال الشافعي وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من أصحاب مالك : تقع به الحرمة بمنزلة ما لو انفرد اللبن أو كان مختلطا لم تذهب عينه وسبب اختلافهم هل يبقى اللبن حكم الحرمة إذا اختلط بغيره ، أم لا يبقى به حكمها كالحال في النجاسة إذا خالطت الحلال الطاهر . والأصل المعتبر في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر إذا خالطه شيء طاهر ؟ .

(المسئلة السادسة) وأما هل يعتبر فيه الوصول إلى الحلق أو لا يعتبر فإنه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم في السعوط باللبن والحقنة به . ويشبه أن يكون اختلافهم في ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الأعضاء أو لا يصل ؟ .

(المسئلة السابعة) وأما هل يصير الرجل الذي له اللبن : أعنى زوج المرأة أبا للرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما ما يحرم من الآباء والأبناء الذين من النسب وهي التي يسمونها لبن الفحل ، فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وأحمد والأوزاعي والثوري : لبن الفحل يحرم ؛ وقالت طائفة : لا يحرم لبن الفحل ، وبالأول قال علي وابن عباس ، وبالقول الثاني قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر . وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور : أعنى آية الرضاع ، وحديث عائشة هو « قالت جاء أفلح أخو أبي القعيس يستأذن عليّ بعد أن أنزل الحجاب فأبيت أن أذن له ، وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إِنَّهُ سَعَمُكَ فَأَذْنِي لَهُ ، فقلت : يا رسول الله إنما أرضعني المرأة ولم يرضعني الرجل ، فقال : إِنَّهُ سَعَمُكَ فَلْيَسْكُجْ عَلَيْكَ » خرجه البخاري ومسلم ومالك ؛ فمن رأى أن ما في الحديث شرع زائد على ما في الكتاب ، وهو قوله تعالى - وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ - وعلى قوله صلى الله عليه وسلم « يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ » قال : لبن الفحل محرم ؛ ومن رأى أن آية الرضاع وقوله « يحرم من الرضاع ما يحرم

من الولادة » إنما ورد على جهة التأصيل لحكم الرضاع ، إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال : ذلك الحديث إن عمل بمقتضاه أوجب أن يكون ناسخاً لهذه الأصول ، لأن الزيادة المغيرة للحكم ناسخة ، مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل ، وهى الراوية للحديث ، ويصعب رد الأصول المنتشرة التى يقصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالأحاديث النادرة وبخاصة التى تكون فى عين ، ولذلك قال عمر رضى الله عنه فى حديث فاطمة بنت قيس : لا نترك كتاب الله لحديث امرأة .

(المسئلة الثامنة) وأما الشهادة على الرضاع فإن قوما قالوا : لا تقبل فيه إلا شهادة امرأتين ، وقوما قالوا : لا تقبل فيه إلا شهادة أربع ، وبه قال الشافعى وعطاء ، وقوم قالوا : تقبل فيه شهادة امرأة واحدة ؛ والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط فى ذلك فشو قولهما بذلك قبل الشهادة . وهو مذهب مالك وابن القاسم ؛ ومنهم من لم يشترطه ، وهو قول مطرف وابن الماجشون . والذين أجازوا أيضا شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشو قولها قبل الشهادة ، وهو مذهب أبى حنيفة ؛ ومنهم من اشترط ذلك ، وهى رواية عن مالك ، وقد روى عنه أنه لا يجوز فيه شهادة أقل من اثنتين . والسبب فى اختلافهم ، أما بين الأربع والاثنتين فاختلافهم فى شهادة النساء هل عدل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفى فى ذلك امرأتان ، وستأتى هذه المسئلة فى كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى . وأما اختلافهم فى قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الأكثر الوا د فى ذلك للأصل المجمع عليه ، أعنى أنه لا يقبل من الرجال أقل من اثنتين ، وأن حال النساء فى ذلك إما أن يكون أضعف من حال الرجال ، وإما أن تكون أحوالهم فى ذلك مساوية للرجال ، والإجماع منعقد على أنه لا يقضى بشهادة واحدة ، والأمر الوارد فى ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال « يارسول الله إني تزويت امرأةً فأنت امرأةٌ فقالت : قد أرضعتكما ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كَيْفَ وَقَدْ قِيلَ ؟ دَعْنَاهَا عَنْكَ » وحمل بعضهم هذا الحديث على النذب جمعا بينه وبين الأصول وهو أشبه ، وهى رواية عن مالك .

(المسئلة التاسعة) وأما صفة المرضعة فإنهم اتفقوا على أنه يحرم لبن كل امرأة

بالغ وغير بالغ ، والبايسة من الحيض كان لها زوج أو لم يكن ، حاملا كانت أو غير حامل ؛ وشذ بعضهم فأوجب حرمة اللبن الرجل ، وهذا غير موجود فضلا عن أن يكون له حكم شرعى ، وإن وجد فليس لبنا إلا باشتراك الاسم . واختلفوا من هذا الباب فى لبن الميتة . وسبب الخلاف هل يتناولها العموم أو لا يتناولها ، ولا لبن للميتة إن وجد لها إلا باشتراك الاسم ، ويكاد أن تكون مسئلة غير واقعة فلا يكون لها وجود إلا فى القول .

الفصل الرابع فى مانع الزنا

واختلفوا فى زواج الزانية . فأجاز هذا الجمهور ، ومنعها قوم . وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى - وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ - . هل خرج مخرج الدم أو مخرج التحريم ؟ وهل الإشارة فى قوله - وحرم ذلك على المؤمنين - إلى الزنا أو إلى النكاح ؟ وإنما صار الجمهور لحمل الآية على الدم لا على التحريم لما جاء فى الحديث « أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم فى زوجته إنها لاترد يد لامس ، فقال له النبي عليه الصلاة والسلام : طَلَّقْهَا ، فقال له : إني أحبها . فقال له : فَأَمْسِكْهَا » وقال قوم أيضا : إن الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا الأصل . وبه قال الحسن . وأما زواج الملاحنة من زوجها الملاحنة فسنذكرها فى كتاب اللعان .

الفصل الخامس فى مانع العدد

واتفق المسلمون على بجواز نكاح أربعة من النساء معا ، وذلك للأحرار من الرجال . واختلفوا فى موضعين : فى العبيد ، وفيما فوق الأربع . أما العبيد فقال مالك فى المشهور عنه : يجوز أن ينكح أربعة ، وبه قال أهل الظاهر . وقال أبو حنيفة والشافعى : لا يجوز له الجمع إلا بين اثنين فقط . وسبب اختلافهم هل العبودية لها تأثير فى إسقاط هذا العدد كما لها تأثير فى إسقاط نصف الحد الواجب على الحر فى الزنا ، وكذلك فى الطلاق عند من رأى ذلك . وذلك لأن

المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا : أعنى أن حده نصف حد الحر ، واختلفوا في غير ذلك . وأما ما فوق الأربع فإن الجمهور على أنه لا يجوز الخامسة لقواه تعالى - فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع - ولما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال اغيلان لما أسلم وتحتة عشر نسوة « أمسك أربعاً وفارق سائرهن » وقالت فرقة : يجوز تسع ، ويشبه أن يكون من أجاز انتسح ذهب مذهب الجمع في الآية المذكورة ، أعنى جمع الأعداد في قواه تعالى - مثنى وثلاث ورباع - .

الفصل السادس في مانع الجمع

واتفقوا على أنه لا يجمع بين الأختين بعقد نكاح لقوله تعالى - وأن تتجسعنوا بنين الأختين - واختلفوا في الجمع بينهما بملك اليمين ، والفقهاء على منعه ، وذهبت طائفة إلى إباحة ذلك . وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين - لعموم الاستثناء في آخر الآية ، وهو قوله تعالى - إلا ما ملكت أيمانكم - وذلك أن هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لأقرب مذكور ، ويحتمل أن يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم إلا ما وقع الإجماع على أنه لا تأثير له فيه ، فيخرج من عموم قوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين - ملك اليمين ، ويحتمل أن لا يعود إلا إلى أقرب مذكور ، فيبقى قوله - وأن تجمعوا بين الأختين - على عومه ، ولا سيما إن عللنا ذلك بعلة الأخوة أو بسبب موجود فيهما . واختلف الذين قالوا بالمنع في ملك اليمين إذا كانت إحداهما بنكاح والأخرى بملك يمين ، فمنعه مالك وأبو حنيفة وأجازة الشافعي ، وكذلك اتفقوا فيما أعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها اثبت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبي هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا يجمع بنين المرأة وعمتها ولا بنين المرأة وخالتها » واتفقوا على أن العمة ههنا هي كل أنثى هي أخت لذكر له عليك ولادة إما بنفسه وإما بواسطة ذكر آخر ، وأن الحالة : هي كل أنثى هي أخت لكل أنثى لها عليك ولادة إما بنفسها وإما بتوسط أنثى غيرها وهن الحرات من قبل الأم ؛ واختلفوا هل هذا من باب

الخاص أريد به الخاص، أم هو من باب الخاص أريد به العام؟ والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا أى عام هو المقصود به؟ فقال قوم وهم الأكثر وعليه الجمهور من فقهاء الأمصار: هو خاص أريد به الخصوص فقط، وأن التحريم لا يتعدى إلى غير من نص عليه؛ وقال قوم: هو خاص والمراد به العموم، وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة، فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتي عم أو عمه، ولا بين ابنتي خال أو خالة، ولا بين المرأة وبنت عمها أو بنت عمتها، أو بينها وبين بنت خالتها؛ وقال قوم: إنما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة، أعنى لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى لم يحز لهما أن يتناكحا؛ ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى أن يعتبر هذا من الطرفين جميعا، أعنى إذا جعل كل واحد منهما ذكرا والآخر أنثى فلم يحز لهما أن يتناكحا، فهؤلاء لا يحل الجمع بينهما. وأما إن جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فإن الجمع يجوز كالحال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها، فإنه إن وضعنا البنت ذكرا لم يحل نكاح المرأة منه لأنها زوج أبيه، وإن جعلنا المرأة ذكرا حل لها نكاح ابنة الزوج لأنها تكون ابنة لأجنبي، وهذا القانون هو الذى اختاره أصحاب مالك، وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها.

الفصل السابع فى موانع الرق

واتفقوا على أنه يجوز للعبد أن ينكح الأمة، وللحر أن تنكح العبد إذا رضيت بذلك هى وأولياؤها. واختلفوا فى نكاح الحر الأمة، فقال قوم: يجوز بإطلاق، وهو المشهور من مذهب ابن القاسم؛ وقال قوم: لا يجوز إلا بشرطين: عدم الطول، وخوف العنت، وهو المشهور من مذهب مالك، وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى. والسبب فى اختلافهم معارضة دليل الخطاب فى قوله تعالى وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ - الآية، لعموم قوله - وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ - الآية، وذلك أن مفهوم دليل الخطاب فى قوله تعالى - وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً - الآية، يقتضى أنه

لا يحل نكاح الأمة إلا بشرطين : أحدهما عدم الطول إلى الحرية ، والثاني خوف العنت - وقوله تعالى - وأنكحوا الأيامى منكم - يقتضى بعمومه إنكاحهن من حرّاً أو عبداً ، واحداً كان الحر أو غير واحد ، خائفاً للعنت أو غير خائف ، لكن دليل الخطاب أقوى ههنا - والله أعلم - من العموم ، لأن هذا العموم لم يتعرض فيه إلى صفات الزوج المشترطة في نكاح الإماء ، وإنما المقصود به الأمر بإنكاحهن وألا يجبرن على النكاح ، وهو أيضاً محمول على الندب عند الجمهور مع ما في ذلك من إرقاق الرجل ولده . واختلفوا من هذا الباب في فرعين مشهورين ، أعنى الذين لم يجيزوا النكاح إلا بالشرطين المنصوص عليهما : أحدهما إذا كانت تحت حرة هل هي طول أو ليست بطول ؟ فقال أبو حنيفة : هي طول ؛ وقال غيره : ليست بطول ؛ وعن مالك في ذلك القولان . والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح أكثر من أمة واحدة ثلاث أو أربع أو ثنتان ؟ فن قال إذا كانت تحت حرة فليس يخاف العنت لأنه غير عزب قال : إذا كانت تحت حرة لم يجز له نكاح الأمة ؛ ومن قال خوف العنت إنما يعتبر بإطلاق سواء كان عزباً أو متاهلاً ، لأنه قد لا تكون الزوجة الأولى مانعة من العنت ، وهو لا يقدر على حرة تمنعه من العنت فله أن ينكح أمة ، لأن حاله مع هذه الحرية في خوف العنت كحاله قبلها ، وبخاصة إذا خشى العنت من الأمة التي يريد نكاحها ، وهذا بعينه هو السبب في اختلافهم هل ينكح أمة ثانية على الأمة الأولى أو لا ينكحها ؟ وذلك أن من اعتبر خوف العنت مع كونه عزباً إذ كان الخوف على العزب أكثر قال : لا ينكح أكثر من أمة واحدة ، ومن اعتبره مطلقاً قال : ينكح أكثر من أمة واحدة ، وكذلك يقول إنه ينكح على الحرية ، واعتباره مطلقاً فيه نظر ؛ وإذا قلنا إن له أن يتزوج على الحرية أمة فتزوجها بغير إذنها فهل لها الخيار في البقاء معه أو في فسخ النكاح ؟ اختلف في ذلك قول مالك ، واختلفوا إذا وجد طولاً بحرة هل يفارق الأمة أم لا ؟ ولم يختلفوا أنه إذا ارتفع عنه خوف العنت أنه لا يفارقها ، أعنى أصحاب مالك ؛ واتفقوا من هذا الباب على أنه لا يجوز أن تنكح المرأة من ملكته وإنها إذا ملكت زوجها انفسخ النكاح .

الفصل الثامن في مانع الكفر

واتفقوا على أنه لا يجوز للمسلم أن ينكح الوثنية لقوله تعالى - ولا تمشكوا
 ببعض الكوفير - واختلفوا في نكاحها بالملك ، واتفقوا على أنه يجوز أن
 ينكح الكتابية الحرة ، إلا ما روى في ذلك عن ابن عمر . واختلفوا في إحلال
 الكتابية الأمة بالنكاح ؛ واتفقوا على إحلالها بملك اليمين . والسبب في اختلافهم
 في نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى - ولا تمشكوا ببعض
 الكوفير - وعموم قوله تعالى - ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن -
 لعموم قوله - والمحصنات من النساء إلا ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ -
 ومن المسنيات ، وظاهر هذا يقتضي العموم ، سواء كانت مشركة أو كتابية ،
 والجمهور على منعها ، وبالجواز قال طاوس ومجاهد ، ومن الحجة لهم
 ما روى من نكاح المسنيات في غزوة أوطاس إذ استأذنه في العزل فأذن
 لهم ؛ وإنما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الأحرار بالعقد ، لأن الأصل
 بناء الخصوص على العموم : أعني أن قوله تعالى - والمحصنات من الذين
 أوتوا الكتاب - هو خصوص ، وقوله - ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن -
 هو عموم ، فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ؛ ومن ذهب إلى تحريم
 ذلك جعل العام ناسخا للخاص ، وهو مذهب بعض الفقهاء ؛ وإنما اختلفوا
 في إحلال الأمة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم في ذلك القياس ، وذلك أن
 قياسها على الحرة يقتضي إباحة تزويجها ، وبقي العموم إذا استثنى منه الحرة
 يعارض ذلك ، لأنه يوجب تحريمها على قول من يرى أن العموم إذا خصص
 بقى الباقي على عمومته ؛ فن خصص العموم الباقي بالقياس ، وألم ير الباقي من
 العموم المخصوص عموما قال : يجوز نكاح الأمة الكتابية ؛ ومن رجع باقي
 العموم بعدم التخصيص على القياس قال : لا يجوز نكاح الأمة الكتابية ؛ وهنا
 أيضا سبب آخر لاختلافهم ، وهو معارضة دليل الخطاب للقياس ، وذلك أن
 قوله تعالى - من فتياتكم المؤمنات - يوجب أن لا يجوز نكاح الأمة الغير
 مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرة يوجب ذلك ، والقياس^١ من

(١) قوله والقياس ، إلى قوله : وإنما اتفقوا هو زائد ببعض النسخ الخطية
 والمصرية وفيه خفاء ، فليتأمل في معناه اهـ مصححه .

كل جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج ، ويجوز فيه النكاح بملك اليمين أصله المسلمات ؛ والظائفة الثانية أنه ثم لم يحز نكاح الأمة المسلمة بالتزويج إلا بشرط فأحرى أن لا يجوز نكاح الأمة الكتابية بالتزويج ، وإنما اتفقوا على إحلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى - «لَا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» - وإلجامهم على أن السبي يحمل المسيية الغير متزوجة . وإنما اختلفوا في المتزوجة هل يهدم السبي نكاحها ، وإن هدم فتى يهدم ؟ فقال قوم : إن سبيا معا أعنى أزواج والزوجة لم يفسخ نكاحهما ، وإن سبي أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال قوم : بل السبي يهدم سبياً معا أو سبي أحدهما قبل الآخر وبه قال الشافعي ؛ وعن مالك قولان : أحدهما أن السبي لا يهدم النكاح أصلاً . والثاني أنه يهدم بإطلاق مثل قول الشافعي . والسبب في اختلافهم هل يهدم أولاً يهدم هو تردد المسترقين الذين أمنوا من القتل بين نساء النعمين أهل العهد وبين الكافرة التي لازوج لها أو المستأجرة من كافر . وأما تفريق أبي حنيفة بين أن يسبياً معا وبين أن يسبي أحدهما فلأن المؤثر عنده في الإحلال هو اختلاف الدار بهما لا الرق ، والمؤثر في الإحلال عند غيره هو الرق ، وإنما النظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية ؟ والأشبه أن لا يكون للزوجية هنا حرمة لأن محل الرق وهو الكفر سبب الإحلال . وأما تشبيهها بالنية فبعيد لأن الذي إنما أعطى الجزية بشرط أن يُقَرَّ على دينه فضلاً عن نكاحه .

الفصل التاسع في مانع الإحرام

واختلفوا في نكاح المحرم فقله مالك والشافعي والليث والأوزاعي وأحمد لا ينكح المحرم ولا ينكح ، فإن فعل فالنكاح باطل ، وهو قول عمر بن الخطاب وعلى وابن عمر وزيد بن ثابت . وقال أبو حنيفة : لا بأس بذلك . وسبب اختلافهم تعارض النقل في هذا الباب ، فمنها حديث ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم » وهو حديث ثابت النقل أخرجه أهل الصحيح وعارضه أحاديث كثيرة عن ميمونة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال » قال أبو عمر : رويت عنها من طرق شتى ، من طريق أبي رافع ، ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها ، وعن

يزيد بن الأصم . وروى مالك أيضا من حديث عثمان بن عفان مع هذا أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يَنْكَحُ الْمُحْرَمُ وَلَا يَنْكَحُ وَلَا يَخْطُبُ » ، فمن رجح هذه الأحاديث على حديث ابن عباس قال : لا يَنْكَحُ الْمُحْرَمُ وَلَا يَنْكَحُ ، ومن رجح حديث ابن عباس أو جمع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بأن حمل النهى الوارد في ذلك على الكراهية قال : يَنْكَحُ وَيَنْكَحُ ، وهذا راجع إلى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع أو تغليب القول .

الفصل العاشر في مانع المرض

واختلفوا في نكاح المريض ، فقال أبو حنيفة والشافعي : يجوز ، وقال مالك في المشهور عنه : إنه لا يجوز ، ويتخرج ذلك من قوله إنه يفرق بينهما وإن صح ، ويتخرج من قوله أيضا إنه لا يفرق بينهما أن التفريق مستحب غير واجب . وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة ، وذلك أنه لا يجوز هبة المريض إلا من الثالث ويجوز بيعه ولاختلافهم أيضا سبب آخر ، وهو هل ينهم على إضرار الورثة بإدخال وارث زائد أو لا ينهم ؟ وقياس النكاح على الهبة غير صحيح ، لأنهم اتفقوا على أن الهبة تجوز إذا حملها الثلث ، ولم يعتبروا بالنكاح هنا بالثلث ، وردّ جواز النكاح بإدخال وارث قياس مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء ، وكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع إلا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه إثبات الحكم بالمصلحة ، حتى إن قوما رأوا أن أقول بهذا القول شرع زائد وإعمال هذا القياس يوهن مافي الشرع من التوقيف ، وأنه لا يجوز الزيادة فيه كما لا يجوز التقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصالح تطرق للناس أن يتسرعوا لعدم السنن التي في ذلك الجنس إلى الظلم ، فلنفوض أمثال هذه المصالح إلى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها ، وبخاصة إذا فهم من أهل ذلك الزمان أن في الاشتغال بظواهر الشرائع تطرقا إلى الظلم ، ووجه عمل الفاضل العالم في ذلك أن ينظر إلى شواهد الجبال ، فإن دلت الدلائل على أنه قصد بالنكاح خيرا لا يمنع النكاح وإن دلت على أنه قصد الإضرار بورثته منع من ذلك كما في أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناعات وضده

مما اكتسبوا من قوة مهنتهم إذ لا يمكن أن يجد في ذلك حد مؤقت صناعي ، وهذا كثيرا ما يعرض في صناعة الطب وغيرها من الصنائع المختلفة .

الفصل الحادى عشر فى مانع العدة

واتفقوا على أن النكاح لا يجوز فى العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر . واختلفوا فيما تزوج امرأة فى عدتها ودخل بها ، فقال مالك والأوزاعى والليث : يفرق بينهما ولا تحل له أبدا ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى والثورى : يفرق بينهما ، وإذا انقضت العدة بينهما فلا بأس فى تزويجه إياها مرة ثانية . وسبب اختلافهم هل قول الصاحب حجة أم ليس بحجة ؟ وذلك أن مالكا روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن عمر ابن الخطاب فرق بين طليحة الأسدية وبين زوجها راشدا لثقتي لما تزوجها فى العدة من زوج ثان وقال : أيما امرأة نكحت فى عدتها فإن كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب ؛ وإن كان دخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم اعتدت من الآخر ، ثم لا يجتمعان أبدا . قال سعيد : ولها مهرها بما استحل منها . وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف يختلف فى أصله ، وهو أنه أدخل فى الذنب شبهة فأشبهه الملاعن . وروى عن على وابن مسعود مخالفة عمر فى هذا . والأصل أنها لا تحرم إلا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة أو إجماع من الأمة . وفى بعض الروايات أن عمر كان قضى بتحريمها ، وكون المهر فى بيت المال ، فلما بلغ ذلك عليا أنكره فرجع عن ذلك عمر ، وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه ، رواه الثورى عن أشعث عن الشعبي عن مسروق . وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف . وأجمعوا على أنه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع ، اتواتر الأخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا إن وطئ هل يعتق عليه الولد أو لا يعتق ، والجمهور على أنه لا يعتق . وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر فى خلقته أو غير مؤثر ؟ فإن قلنا أنه مؤثر كان له ابنا بجهة مآ ، وإن قلنا أنه ليس بمؤثر لم يكن ذلك . وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه

قال « كَيْفَ يَسْتَعْبِدُهُ وَقَدْ غَدَّاهُ فِي سَمْعِهِ وَبَصَرِهِ ». وأما النظر في مانع التطليق ثلاثا ، فسيأتى في كتاب الطلاق .

الفصل الثاني عشر في مانع الزوجية

وأما مانع الزوجية فإنهم اتفقوا على أن الزوجية بين المسلمين مانعة وبين النسيين . واختلفوا في المسبية على ما تقدم ؛ واختلفوا أيضا في الأمة إذا بيعت هل يكون بيعها طلاقا ؟ فالجمهور على أنه ليس بطلاق ؛ وقال قوم : هو طلاق . وهو مروى عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبي بن كعب . وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعنوم قوله تعالى - إلا ما ملكت أيمانكم - وذلك أن قوله تعالى - إلا ما ملكت أيمانكم - يقتضى المسبيات وغيرهن ، وتخيير بريرة يوجب أن لا يكون بيعها طلاقا ، لأنه لو كان بيعها طلاقا لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ، ولكان نفس شراة عائشة لها طلاقا من زوجها ؛ والحجة للجمهور ما خرجه ابن أبي شيبة عن أبي سعيد الخدري « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فأصابوا حيا من العرب يوم أوطاس فهزموهم وقتلوهم وأصابوا نساء لمن أزواج ، وكان ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تأثموا من غشيانهم من أجل أزواجهن ، فأنزل الله عز وجل - وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النَّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ - وهذه المسئلة هي أليق بكتاب الطلاق . فهذه هي جملة الأشياء المصححة للأنكحة في الإسلام ، وهي كما قلنا راجعة إلى ثلاثة أجناس : صفة العاقد والمعقود عليها ، وصفة العقد ، وصفة الشروط في العقد . وأما الأنكحة التي انعقدت قبل الإسلام ثم طرأ عليها الإسلام ، فإنهم اتفقوا على أن الإسلام إذا كان منهما معا : أعنى من الزوج والزوجة ، وقد كان عقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الإسلام أن الإسلام يصح ذلك ؛ واختلفوا في موضعين : أحدهما إذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أو على من لا يجوز الجمع بينهما في الإسلام . والموضع الثاني إذا أسلم أحدهما قبل الآخر .

(فأما المسئلة الأولى) وهى إذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان ، فإن مالكا قال : يختار منهن أربعا ومن الأختين واحدة أيتهما شاء ، وبه قال الشافعى وأحمد وداود ؛ وقال أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى : يختار الأوائل منهن فى العقد ، فإن تزوجهن فى عقد واحد فرق بينه وبينهن ؛ وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك : إذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعاً ثم استأنف نكاح أيتهما شاء ، ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره . وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر ؛ وذلك أنه ورد فى ذلك أثران : أحدهما مرسل مالك « أن غيلان بن سلامة التقى أسلم وعنده عشرين نسوة أسلمن معه ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا » والحديث الثانى حديث قيس بن الحارث أنه أسلم على الأختين ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « اخْتَرِ أَيَّتَهُمَا شِئْتَ » . وأما القياس المخالف لهذا الأثر فتشبيهه العقد على الأواخر قبل الإسلام بالعقد عليهن بعد الإسلام : أعنى أنه كما أن العقد عليهن فاسد فى الإسلام كذلك قبل الإسلام وفىه ضعف . وأما إذا أسلم أحدهما قبل الآخر ، وهى المسئلة الثانية ثم أسلم الآخر ، فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى : إنه إذا أسلمت المرأة قبله فإنه إن أسلم فى عدتها كان أحق بها وإن أسلم هو وهى كتابية فنكاحها ثابت لما ورد فى ذلك من حديث صفوان بن أمية ، وذلك « أن زوجه عاتكة ابنة الوأيد بن المغيرة أسلمت قبله ، ثم أسلم هو فأقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه » قالوا : وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام امرأته نحو من شهر . قال ابن شهاب : ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر إلا فرقتهما هجرتا بينهما وبين زوجها إلا أن يقدم زوجها مهاجرا قبل أن تنقض عدتها . وأما إذا أسلم الزوج قبل إسلام المرأة فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك : إذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة إذا عرض عليها الإسلام فأبت ؛ وقال الشافعى : سواء أسلم الرجل قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل إذا وقع إسلام المتأخر فى العدة ثبت النكاح . وسبب اختلافهم معارضة العموم للأثر والقياس ، وذلك أن عموم قوله تعالى - ولا تمسكوا بعصم الكوافر - يقتضى المفارقة على الفور . وأما الأثر المعارض

لمقتضى هذا العموم فما روى من أن أبا سفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته ، وكان إسلامه بمر الظهران ، ثم رجع إلى مكة وهند بها كافرة ، فأخذت بلحيته وقالت : اقتلوا الشيخ الضال ، ثم أسلمت بعده بأيام فاستقروا على نكاحهما . وأما القياس المعارض للأثر فلأنه يظهر أنه لا فرق بين أن تسلم هي قبله أو هو قبلها ، فإن كانت العدة معتبرة في إسلامها قبل فقد يجب أن تعتبر في إسلامه أيضا قبل .

الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح

وموجبات الخيار أربعة : العيوب ، والإعسار بالصدقات أو بالنفقة والكسوة . والثالث : الفقد ؛ أعنى فقد الزوج . والرابع : العتق للأمة المزوجة فيعتقد في هذا الباب أربعة فصول :

الفصل الأول في خيار العيوب

اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين ، وذلك في موضعين : أحدهما هل يرد بالعيوب أو لا يرد ؟ . والموضع الثاني إذا قلنا إنه يرد فمن أيها يرد ، وما حكم ذلك ؟ . فأما الموضع الأول فإن مالكا والشافعي وأصحابهما قالوا : العيوب توجب الخيار في الرد أو الإمساك : وقال أهل الظاهر : لا توجب خيار الرد والإمساك ، وهو قول عمر بن عبد العزيز : وسبب اختلافهم شيان : أحدهما هل قول الصاحب حجة ، والآخر قياس النكاح في ذلك على البيع ؟ فأما قول الصاحب الوارد في ذلك فهو ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال : أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جلد أو برص وفي بعض الروايات : أو قرن فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجه على وليها . وأما القياس على البيع فإن القائلين بموجب الخيار للعيب في النكاح قالوا : النكاح في ذلك شبهه بالبيع ؛ وقال المخالفون لهم : ليس شيئا بالبيع لاجتماع المسلمين على أنه لا يرد النكاح بكل عيب ويرد به البيع . وأما الموضع الثاني في الرد بالعيوب فلمهم اختلفوا في أي العيوب يرد بها وفي أيها لا يرد وفي حكم الرد ، فانفق مالك والشافعي على أن الرد يكون من أربعة عيوب : الجنون

والجذام والبرص وداء الفرج الذى يمنع الوطء ، إما قرن أو رتق فى المرأة أو عنة فى الرجل أو خصاء . واختلف أصحاب مالك فى أربع : فى السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الفم ، فقبل ترد بها ، وقيل لا ترد ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى : لا ترد المرأة فى النكاح إلا بعينين فقط : القرن والرتق . فأما أحكام الرد فإن القائلين بالرد اتفقوا على أن الزوج إذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولا شئ عليه . واختلفوا إن علم بعد الدخول والميسر ؛ فقال مالك : إن كان وليا الذى زوجها ممن يظن به لقربه منها أنه عالم بالعيب ، مثل الأب والأخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصدوق وليس يرجع على المرأة بشئ . وإن كان بعيدا رجع الزوج على المرأة بالصدوق كله إلا ربع دينار فقط . وقال الشافعى : إن دخل لزمه الصداق كله بالميسر ولا رجوع له عليها ولا على ولي . وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذى وقع فيه الميسر ، أعنى اتفاهم على وجوب المهر فى الأنكحة الفاسدة بنفس الميسر ، لقوله عليه الصلاة والسلام « أَيْمَانُ امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا فَخِكَاحُهَا بَاطِلٌ وَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْهَا » فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب فى البيوع ، وبين حكم الأنكحة المفسوخة : أعنى بعد الدخول ؛ واتفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين أنه لا يفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه وبينها بغير عائق . واختلف أصحاب مالك فى العلة التى من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة . فقيل لأن ذلك شرع غير معلل ؛ وقيل لأن ذلك مما ينهى ، ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا تنهى ؛ وقيل لأنها يخاف سرايتها إلى الأبناء ، وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع ، وعلى الأول يرد بكل عيب إذا علم أنه مما خفى على الزوج .

الفصل الثانى فى خيار الإعسار بالصدوق والنفقة

واختلفوا فى الإعسار بالصدوق ، فكان الشافعى يقول : تخير إذا لم يتنخل بها ، وبه قال مالك . واختلف أصحابه فى قدر التلوم له ؛ فقيل ليس له فى ذلك حد ؛ وقيل سنة ؛ وقيل سنتين ؛ وقال أبو حنيفة : هى غريم من الغرماء لا يفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة ، ولما أن تمتع نفسها حتى يعطيها المهر . وسبب

اختلافهم تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء تشبيها بالإيلاء والعنة . وأما الإعسار بالنفقة فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجماعة : يفرق بينهما ، وهو مروى عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب ؛ وقال أبو حنيفة والثوري : لا يفرق بينهما ، وبه قال أهل الظاهر . وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة ، لأن الجمهور على القول بالتطليق على العين حتى لقد قال ابن المنذر إنه لإجماع ، وربما قالوا النفقة في مقابلة الاستمتاع ، بدليل أن الناشئ لانتفقة لها عند الجمهور ، فإذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار . وأما من لا يرى القياس فإنهم قالوا قد ثبتت العصمة بالإجماع فلا تنحل إلا بإجماع أو بدليل من كتاب الله أو سنة نبيه فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس .

الفصل الثالث في خيار الفقد

واختلفوا في المفقود الذي تجهل حياته أو موته في أرض الإسلام ، فقال مالك يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم ، فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجعل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل ، فإذا انتهى اعتدت غدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وحلت ، قال : وأما ماله فلا يورث حتى يأتى عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش إلى مثله غالبا ، فقبل سبعون ، وقبل ثمانون ، وقبل تسعون ، وقبل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الأسنان ، وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب ، وهو مروى أيضا عن عثمان وبه قال الليث ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري : لا تنحل امرأة المفقود حتى يصح موته ، وقولهم مروى عن علي وابن مسعود . والسبب في اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس ، وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة إلا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك . وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنة ، فيكون لها الخيار كما يكون في هذين . والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة مفقود في أرض الإسلام وقع الخلاف فيه ، ومفقود في أرض الحرب ،

ومفقود في حروب الإسلام ، أعنى فيما بينهم ومفقود في حروب الكفار .
والخلافاً عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الأصناف من المفقودين كثير ؛
فأما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير لا تزوج امرأته ولا
يقسم ماله حتى يصح موته ، ما خلا أشهب ، فإنه حكم له بحكم المفقود في أرض
المسلمين . وأما المفقود في حروب المسلمين فقال : إن حكمه حكم المقتول
دون تلوم ، وقيل يتلوم له بحسب بُعد الموضع الذى كانت فيه المعركة وقربه
وأقصى الأجل في ذلك سنة . وأما المفقود في حروب الكفار ففيه في المذهب
أربعة أقوال : قيل حكمه حكم الأسير ؛ وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم
سنة ، إلا أن يكون بموضع لا ينفى أمره فيحكم له بحكم المفقود في حروب
المسلمين وفنهم ؛ والقول الثالث أن حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين ؛
والرابع حكمه حكم المقتول في زوجته ، وحكم المفقود في أرض المسلمين في ماله
أعنى يعمر وحيث أنه يورث ، وهذه الأقاويل كلها مبناها على تجويز النظر
بحسب الأصلاح في الشرع ، وهو الذى يعرف بالقياس المرسل ، وبين العلماء
فيه اختلاف : أعنى بين القائلين بالقياس .

الفصل الرابع في خيار العتق

واتفقوا على أن الأمة إذا عتقت تحت عبد أن لها الخيار ؛ واختلفوا إذا
عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا ؟ فقال مالك والشافعى وأهل المدينة
والأوزاعى وأحمد والليث لا خيار لها ؛ وقال أبو حنيفة والثورى لها الخيار حراً
كان أو عبداً . وسبب اختلافهم تعارض النقل في حديث بريرة ، واحتمال
العلة الموجبة للخيار أن يكون الجبر الذى كان في إنكاحها بإطلاق إذا كانت
أمة ، أو الجبر على تزويجها من عبد ؛ فمن قال : العلة الجبر على النكاح
بإطلاق قال : تخير تحت الحر والعبد ؛ ومن قال الجبر على تزويج العبد فقط
قال : تخير تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل فإنه روى عن ابن عباس أن
زوج بريرة كان عبداً أسود . وروى عن عائشة أن زوجها كان حراً ، وكلا
التقليين ثابت عند أصحاب الحديث ؛ واختلفوا أيضاً في الوقت الذى يكون لها
الخيار فيه ، فقال مالك والشافعى : يكون لها الخيار ما لم يمسه ؛ وقال

أبو حنيفة : خيارها على المجلس ، وقال الأزواجى : إنما يسقط خيارها بالميس إذا علمت أن الميس يسقط خيارها .

الباب الرابع فى حقوق الزوجية

وانفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى - وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكَسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ - الآية . ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكَسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » ولقوله لهند « خُلِدَى مَا يَكْفِيكِ وَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » . فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها ، واختلفوا فى أربعة مواضع فى وقت وجوبها ، ومقدارها ، ولمن تجب ؟ ، وعلى من تجب ؟ . فأما وقت وجوبها فإن مالكا قال : لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى إلى الدخول بها وهى ممن توطأ وهو بالغ ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : يلزم غير البالغ النفقة إذا كانت هى بالغا ، وأما إذا كان هو بالغا والزوجة صغيرة فالشافعى قولان : أحدهما مثل قول مالك ، والقول الثانى أن لها النفقة بإطلاق . وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان أنها محبوسة على الزوج كالعائبات والمريض . وأما مقدار النفقة فذهب مالك إلى أنها غير مقدرة بالشرع وأن ذلك راجع إلى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة ، وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وذهب الشافعى إلى أنها مقدرة ، فعلى الموسر مدان ، وعلى الأوسط مده ونصف ، وعلى المعسر مده . وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة فى هذا الباب على الإطعام فى الكفارة أو على الكسوة ، وذلك أنهم اتفقوا أن الكسوة غير محدودة وأن الإطعام محدود . واختلفوا من هذا الباب فى هل يجب على الزوج نفقة لخادم الزوجة ؟ وإن وجبت فكم يجب ؟ والجمهور على أن على الزوج نفقة لخادم الزوجة إذا كانت ممن لا تخدم نفسها ؛ وقيل بل على الزوجة خادمة البيت ؛ واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته ؟ فقالت طائفة : ينفق على خادم واحدة ، وقيل على خادمين إذا كانت المرأة ممن لا يخدمها إلا خادمان وبه قال مالك وأبو ثور . ولست أعرف دليلا شرعيا لإيجاب النفقة على الخادم

إلا تشبيه الإخضاع بالإسكان ، فإنهم اتفقوا على أن الإسكان على الزوج للنص
الوارد فيه وجوبه المطلقة الرجعية : وأما لمن يجب النفقة فإنهم اتفقوا على أنها
تجب للحررة الغير ناشز . واختلفوا في الناشز والأمة . فأما الناشز فالجمهور على
أنها لا تجب لها نفقة ، وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة . وسبب الخلاف معارضة
العموم للمفهوم ، وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام : « ومن عليكم
وزقهن وكسوتهن بالمعروف » يقتضى أن الناشز وغير الناشز في ذلك سواء ،
والمفهوم من أن النفقة لها في مقابلة الاستمتاع يوجب أن لا نفقة للناشز .
وأما الأمة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافا كثيرا ، فقليل لها النفقة كالحررة ،
وهو المذهب . وقيل لا نفقة لها وقيل أيضا إن كانت تأتيه فلها النفقة ، وإن كان
يأتيها فلا نفقة لها ؛ وقيل لها النفقة في الوقت الذي تأتيه ؛ وقيل إن كان
الزوج حرا فعليه النفقة ، وإن كان عبدا فلا نفقة عليه . وسبب اختلافهم
معارضة العموم للقياس ، وذلك أن العموم يقتضى لها وجوب النفقة ،
والقياس يقتضى أن لا نفقة لها إلا على سيدها الذي يستخدمها ، أو تكون
النفقة بينهما لأن كل واحد منهما يتنفع به ضربا من الانتفاع ، ولذلك قال
قوم : عليه النفقة في اليوم الذي تأتيه . وقال ابن حبيب : يحكم على مولى الأمة
المزوجة أن تأتي زوجها في كل أربعة أيام ، وأما على من تجب ، فاتفقوا
أيضا أنها تجب على الزوج الحر الحاضر ، واختلفوا في العبد والغائب .
فأما العبد فقال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن على العبد
نفقة زوجته ؛ وقال أبو المصعب من أصحاب مالك : لا نفقة عليه . وسبب
الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجورا عليه في ماله . وأما الغائب
فالجمهور على وجوب النفقة عليه ؛ وقال أبو حنيفة ؛ لا تجب إلا بإيجاب
السلطان . وإنما اختلفوا فيمن القول قوله إذا اختلفوا في الإنفاق ، وسيأتي
ذلك في كتاب الأحكام إن شاء الله . وكذلك اتفقوا على أن من حقوق
الزوجات العدل بينهما في القسم لما ثبت من قسمه صلى الله عليه وسلم بين
أزواجه ولقوله عليه الصلاة والسلام : « إذا كان للرجل امرأتان فمأكل
إلى إحداهما جاء يوم القيامة وأحد شقيين » ماثل ؛ ولما ثبت أنه
عليه السلام والسلام كان إذا أراد المفر تفرج بينهما ، واختلفوا في مقام

الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أولا يحتسب إذا كانت له زوجة أخرى ؟ فقال مالك والشافعي وأصحابهما : يقيم عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا ، ولا يحتسب إذا كان له أم أو أخرى بأيام التي تزوج ؛ وقال أبو حنيفة : الإقامة عندهن سواء بكرا كانت أو ثيبا ، ويحتسب بالأقامة عندها إن كانت له زوجة أخرى . وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة ، وحديث أنس هو « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا تزوج البكر أقام عندها سبعا ، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا » وحديث أم سلمة هو « أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها فأصبحت عنده فقال : لَيْسَ بِكَ عَلَيَّ أَهْلُكَ هَوَانٌ إِنَّ شَيْئًا سَبَعْتُ عَنْكَ وَسَبَعْتُ عَنْكَ هُنَّ وَإِنْ شَيْئًا ثَلَاثُ عَنْكَ وَدُرْتُ فَقَالَتْ : ثَلَاثُ » وحديث أم سلمة هو مدني متفق عليه أخرجه مالك والبخاري ومسلم ، وحديث أنس حديث بصري أخرجه أبو داود ، فصار أهل المدينة إلى ما أخرجه أهل البصرة ، وصار أهل الكوفة إلى ما أخرجه أهل المدينة . واختلف أصحاب مالك في هل مقامه عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا واجب أو مستحب ؟ فقال ابن القاسم : هو واجب ؛ وقال ابن عبد الحكم : يستحب . وسبب الخلاف حمل فعله عليه الصلاة والسلام على الندب أو على الوجوب . وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك ، وذلك أن قوما أوجبوا عليها الرضاع على الإطلاق ؛ وقوم لم يوجبوا ذلك عليها بإطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة ، إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها ، وهو مشهور قول مالك . وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع : أعني لإيجابه ، أو متضمنة أمره فقط ؟ فن قال أمره قال : لا يجب عليها الرضاع إذ لا دليل هنا على الوجوب ؛ ومن قال تتضمن الأمر بالرضاع وإيجابه وأنها من الأخبار التي مفهومها مفهوم الأمر قال : يجب عليها الإرضاع . وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة . وأما المطلقة فلا رضاع عليها إلا أن لا يقبل ثلثي غيرها فعليها الإرضاع وعلى الزوج أجر الرضاع ، هذا لإجماع لقوله سبحانه وتعالى - فَإِنْ أَرْضَعْنَكُمْ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ

أَجُورَهُنَّ - (والجمهور على أن الحضانة للأم إذا طلقها الزوج وكان الولد صغيرا لقوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتَيْهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » ولأن الأمة والمسبية إذا لم يفرق بينها وبين ولدها فأخص بذلك الحرة . واختلفوا إذا بلغ الولد حد التمييز فقال قوم بخير ، ومنهم الشافعي ، واحتجوا بأثر ورد في ذلك ؛ وبقي قوم على الأصل لأنه لم يصح عندهم هذا الحديث ؛ والجمهور على أن تزويجها لغير الأب يقطع الحضانة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي » ومن لم يصح عنده هذا الحديث طرد الأصل . وأما نقل الحضانة من الأم إلى غير الأب فليس في ذلك شيء يعتمد عليه^(١) .

الباب الخامس

في الأنكحة المنهى عنها بالشرع والأنكحة الفاسدة وحكمها

والأنكحة التي ورد النهي فيها مصرحا أربعة : نكاح الشغار ، ونكاح المتعة ، والخطبة على خطبة أخيه ، ونكاح المحلل . فأما نكاح الشغار فإنهم اتفقوا على أن صفته هو أن ينكح الرجل وليته رجلا آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما إلا بضع هذه ببضع الأخرى ، واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه ؛ واختلفوا إذا وقع هل يصحح بمهر المثل أم لا ؟ فقال مالك : لا يصحح ويفسخ أبدا قبل الدخول وبعده ، وبه قال الشافعي إلا أنه قال : إن سمي لإحداهما صداقا أو لهما معا فالنكاح ثابت بمهر المثل ، والمهر الذي سمياه فاسد ؛ وقال أبو حنيفة : نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل ، وبه قال الليث وأحمد وإسحق وأبو ثور والطبري . وسبب اختلافهم هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل ، فإن قلنا غير معلل لزم الفسخ على الإطلاق ؛ وإن قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير ؛ وقد أجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر

(١) ما بين القوسين لم يوجد في النسخة الفاسية ولا المصرية ، وهو موجود

بالنسخة الخطية تعلق أحمد بك تيموراه مصححه .

والخنزير لا يفسخ إذا غات بالدخول ، ويكون فيه مهر المثل ؛ وكأن مالكا رضى الله عنه رأى أن الصداق وإن لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهى به ، أو رأى أن النهى إنما يتعلق بنفس تعيين العقد ، والنهى يدل على فساد النهى .

وأما نكاح المتعة . فإنه وإن تواترت الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه إلا أنها اختلفت في الوقت الذى وقع فيه التحريم ، ففي بعض الروايات أنه حرّمها يوم خيبر ، وفي بعضها يوم الفتح ، وفي بعضها في غزوة تبوك ، وفي بعضها في حجة الوداع ، وفي بعضها في عمرة القضاء ، وفي بعضها في عام أوطاس ، وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الأمصار على تحريمها ، واشتهر عن ابن عباس تحليلها ، وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن ، ورووا أن ابن عباس كان يحتاج لذلك لقوله تعالى - قَسَمَ اسْمُهُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ - وفي حرف عنه إلى أجل مسمى ، وروى عنه أنه قال : ما كانت المتعة إلا رحمة من الله عز وجل رحم بها أمة محمد صلى الله عليه وسلم ، ولولا نهى عمر عنها ما اضطر إلى الزنا إلا شق . وهذا الذى روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمرو بن دينار . وعن عطاء قال : « سمعت جابر بن عبد الله يقول : « تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بك ونصفاً من خلافة عمر » ثم نهى عنها عمر الناس .

وأما اختلافهم في النكاح الذى تقع فيه الخطبة على خطبة غيره ، فقد تقدم أن فيه ثلاثة أقوال : قول بالفسخ ، وقول بعدم الفسخ ، وفرق بين أن ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أو لا ترد وهو مذهب مالك .

وأما نكاح المحلل : أعنى الذى يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا ، فإن مالكا قال : هو نكاح مفسوخ ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : هو نكاح صحيح . وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْسِلَ » الحديث فمن فهم من اللعن التأنيب فقط قال : السكاح صحيح ؛ ومن فهم من التأنيب فساد العقل تشبيها بالنهـ الذى يدل على فساد النهى عنه قال : النكاح

فاسد ، فهذه هي الأنكحة الفاسدة بالنهي . وأما الأنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فإنها تفسد إما بإسقاط شرط من شروط صحة النكاح ، أو لتغيير حكم واجب بالشرح من أحكامه مما هو عن الله عز وجل ، وإما بزيادة تعود إلى إبطال شرط من شروط الصحة . وأما الزيادات التي تعرض من هذا المعنى فإنها لا تفسد النكاح باتفاق ، وإنما اختلف العلماء في لزوم الشروط التي يهله الصفة أو لالزومها مثل أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا ينقلها من بلدها ، فقال مالك : إن اشترط ذلك لم يلزمه إلا أن يكون في ذلك يمين بعق أو طلاق ، فإن ذلك يلزمه إلا أن يطلق أو يعتق من أقسم عليه ، فلا يلزم الشرط الأول أيضا ، وكذلك قال الشافعي وأبو حنيفة . وقال الأوزاعي وابن شبرمة : لما شرطها وعليه الوفاء ، وقال ابن شهاب : كان من أدركت من العلماء يقضون بها ، وقول الجماعة مروى عن علي ، وقول الأوزاعي مروى عن عمر . وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص . فأما العموم فحديث عائشة رضي الله عنها : أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال في خطبته « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَلَوْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ » ، وأما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ يَتَوَفَّى بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ » ، والحديثان صحيحان خرجهما البخاري ومسلم ، إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع في العتبية وإن كان المشهور خلاف ذلك . وأما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فإنه قد اختلف فيها للمذهب اختلافا كثيرا : أعنى في لزومها أو عدم لزومها ، وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع .

(وأما حكم الأنكحة الفاسدة إذا وقعت) فمنها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده ، وهو ما كان منها فاسدا بإسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده ، مثل أن ينكح محرمة العين ، ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف حلة الفساد وقوتها ولما إذا يرجع من الإخلال بشروط الصحة ومالك في هذا الجنس - وذلك في الأكثر - يفسخه قبل الدخول ويثبت به والأصل فيه عنده أن لا يفسخ ، وإنه يحاط بمنزلة ما يرى في كثير من

البيع الفاسد أنه يفوت بحالة الأسواق وغير ذلك ، ويشبه أن تكون هذه عنده هي الأنكحة المكروهة ، وإلا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير ، وكأن هذا راجع عنده إلى قوة دليل الفسخ وضعفه ، فتي كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده ، ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد ، وسواء كان الدليل القوي متفقا عليه أو مختلفا فيه . ومن قبل هذا أيضا اختلف المذهب في وقوع الميراث في الأنكحة الفاسدة إذا وقع الموت قبل الفسخ ، وكذلك وقوع الطلاق فيه ، فزة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ، ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول أو علمه ، وقد نرى أن نقطع ههنا القول في هذا الكتاب ، فإن ما ذكرنا منه كفاية بحسب غرضنا المقصود .

كتاب الطلاق

والكلام في هذا الباب ينحصر في أربع جمل : الجملة الأولى : في أنواع الطلاق . الجملة الثانية : في أركان الطلاق . الجملة الثالثة : في الرجعة . الجملة الرابعة : في أحكام المطلقات .

(الجملة الأولى) وفي هذه الجملة خمسة أبواب : الباب الأول : في معرفة الطلاق البائن والرجعي . الباب الثاني : في معرفة الطلاق السني من البدعي . الباب الثالث : في الخلع . الباب الرابع : في تمييز الطلاق من الفسخ . الباب الخامس : في التخيير والتملك .

الباب الأول في معرفة الطلاق البائن والرجعي

واتفقوا على أن الطلاق نوعان : بائن ورجعي . وأن الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه أن يكون في مدخول بها ، وإنما اتفقوا على هذا لقوله تعالى - يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْضُوا الْعِدَّةَ - إلى قوله تعالى - لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا - وللحديث الثابت أيضا من حديث ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجع زوجته لما طلقها حائضا ولا خلاف في هذا

وأما الطلاق البائن ، فإنهم اتفقوا على أن البيئونة إنما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدم التطليقات ومن قبل العوض في الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ما سيأتى بعد ؛ واتفقوا على أن العدد الذى يلوجب البيئونة فى طلاق الحر ثلاث تطليقات إذا وقعت مفترقات لقوله تعالى - الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ - الآية . واختلفوا إذا وقعت ثلاثا فى اللفظ دون الفعل ، وكذلك اتفق الجمهور على أن الرق مؤثر فى إسقاط أعداد الطلاق ، وأن الذى يوجب البيئونة فى الرق اثنتان . واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رق منهما ، فى هذا الباب إذن ثلاث مسائل .

(المسئلة الأولى) جمهور فقهاء الأمصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة ؛ وقال أهل الظاهر وجماعة : حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ فى ذلك ، وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى - الطلاق مرتان - إلى قوله فى الثالثة - فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمطلقات بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث ، واحتجوا أيضا بما أخرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأما ما عليه عمر ؛ واحتجوا أيضا بما رواه ابن إسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال « طلق زكاة زوجه ثلاثا فى مجلس واحد ، فحزن عليها حزنا شديدا ، فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف طلقته ؟ قال : طلقها ثلاثا فى مجلس واحد ، قال : إنما تلك طلقة واحدة » فارتجعها ، وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بأن حديث ابن عباس الواقع فى الصحيحين إنما رواه عنه من أصحابه طاوس ، وأن جملة أصحابه رواوا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وجماعة غيرهم ، وأن حديث ابن إسحق وهم ، وإنما روى الثقات أنه طلق زكاة زوجه البتة لا ثلاثا . وسبب الخلاف هل الحكم الذى جعله الشرع من البيئونة للطلقة الثالثة يقع بإلزام المكلف نفسه هذا الحكم فى طلقة واحدة أم ليس يقع ؟ ولا يلزم من ذلك إلا ما ألزم الشرع ؟ فن شبه الطلاق بالأفعال التى يشترط فى صحة وقوعها كون الشرط الشرعية فيها كالنكاح والبيع قال : لا يلزم ؛ ومن شبهه بالنذور

والإيمان التي ما التزم العبد منها لزمه على أى صفة كان ألزم الطلاق كيفما ألزمه المطلق نفسه ، وكأن الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سدا للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك أعنى في قوله تعالى - لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا -

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم في اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق فمنهم من قال المعتبر فيه الرجال ، فإذا كان الزوج عبدا كان طلاقه البائن الطلقة الثانية ، سواء كانت الزوجة حرة أو أمة ، وبهذا قال مالك والشافعي ومن الصحابة عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس ، وإن كان يختلف عنه في ذلك ، لكن الأشهر عنه هو هذا القول . ومنهم من قال إن الاعتبار في ذلك هو بالنساء ، فإذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج عبدا أو حرا ، ومن قال بهذا القول من الصحابة على وابن مسعود ، ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة وغيره ؛ وفي المسئلة قول أشد من هذين ، وهو أن الطلاق يعتبر برق من رق منهما ، قال ذلك عثمان بن عفان وغيره وروى عن ابن عمر ، وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر في هذا هو رق المرأة أو رق الرجل ، فن قال التأثير في هذا لمن بيده الطلاق قال : يعتبر بالرجال ومن قال التأثير في هذا للذي يقع عليه الطلاق قال : هو حكم من أحكام المطلقة فشهدوا بالعدة . وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء ، أى نقصانها تابع لرق النساء ؛ واحتج الفريق الأول بما روى عن ابن عباس مرفوعا إلى النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « الطلاق بالرجال ، والعدة بالنساء » إلا أنه حديث لم يثبت في الصحاح ، وأما من اعتبر من رُق منهما فإنه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقا ولم يجعل سبب ذلك لالذكورية ولا الأنوثة مع الرق .

(المسئلة الثالثة) وأما كون الرق مؤثرا في نقصان عدد الطلاق فإنه حكى قوم أنه إجماع ؛ وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ، ويرون أن الحر والعبد في هذا سواء . وسبب الخلاف معارضة الظاهر في هذا للقياس ، وذلك أن الجمهور صاروا إلى هذا المكان قياس طلاق العبد والأمة على حدودهم ؛ وقد أجمعوا على كون الرق مؤثرا في نقصان الحد . أما أهل الظاهر فلما كان الأصل أنهم أن حكم العبد في التكليف حكم الحر إلا

ما أخرجه الدليل ، والدليل عندهم هو نص أو ظاهر من الكتاب أو السنة ، ولم يكن هناك دليل مسموع صحيح وجب أن يبقى العبد على أصله ، ويشبه أن يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد ، لأن المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه ، وأن الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر . وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ ، لأن وقوع التحريم على الإنسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع في ذلك من الندم والشرع إنما سلك في ذلك سبيل الوسط ، وذلك أنه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنت المرأة وشقيت ، ولو كانت البينونة واقعة في الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم ، وكان ذلك عسرا عليه ، فجمع الله هذه الشريعة بين المصلحتين ، ولذلك ما نرى والله أعلم أن من ألزم الطلاق الثلاث في واحدة ، فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة .

الباب الثاني في معرفة الطلاق السني من البدعي

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسه فيه طلقة واحدة ، وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي مسها فيه غير مطلق للسنة ، وإنما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر « أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال عليه الصلاة والسلام : **مَرَّةٌ فَلْيُزْجِعْنَهَا حَتَّى تَطْهَرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهَرَ ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَلَتْ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمْسَ فِتْنَتُكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ** » . واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع :
الموضع الأول : هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقا في العدة ؟ . والثاني : هل المطلق ثلاثا : أعنى بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا ؟ . والثالث : في حكم من طلق في وقت الحيض .

(أما الموضع الأول) فإنه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما ، فقال مالك : من شرطها أن لا يتبعها في العدة طلاقا آخر . وقال أبو حنيفة : إن طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقا للسنة . وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق أن يكون في حال الزوجية بعد رجعة أم ليس من

شرطه ؟ فن قال هو من شرطه قال : لا يتبعها فيه طلاقا ، ومن قال ليس من شرطه أتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع .
 (وأما الموضع الثاني) فإن مالكا ذهب إلى أن المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير سنة ، وذهب الشافعي إلى أنه مطلق للسنة . وسبب الخلاف معارضة لإقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثا في لفظة واحدة لمفهوم الكتاب في حكم الطلقة الثالثة . والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت من أن العجلاني طلق زوجته ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعة قال : فلو كان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم .
 وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله في العدد قال فيه إنه ليس للسنة ، واعتذر أصحابه عن الحديث بأن المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه ، فوقع الطلاق على غير محله ، فلم يتصف لابسة ولا ببدعة ، وقول مالك - والله أعلم - أظهر ههنا . من قول الشافعي .

(وأما الموضع الثالث : في حكم من طلق في وقت الحيض) فإن الناس اختلفوا من ذلك في مواضع : منها أن الجمهور قالوا يمضي طلاقه ؛ وقالت فرقة : لا ينفذ ولا يقع ؛ والذين قالوا ينفذ قالوا : يؤمر بالرجعة وهؤلاء افرقوا فرقتين فقوم رأوا أن ذلك واجب وأنه يجبر على ذلك ، وبه قال مالك وأصحابه . وقالت فرقة بل يندب إلى ذلك ولا يجبر ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد والذين أوجبوا الإيجاب اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الإيجاب ، فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يجبر ما لم تنقض عدتها ؛ وقال أشهب : لا يجبر إلا في الحيضة الأولى . والذين قالوا بالأمر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة إن شاء ، فقوم اشتروا في الرجعة أن يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها ، وبه قال مالك والشافعي وجماعة ؛ وقوم قالوا : بل يراجعها ، فإذا طهرت من تلك الحيضة التي طلقها فيها فإن شاء أمسك وإن شاء طلق ، وبه قال أبو حنيفة والكوفيون ، وكل من اشترط في طلاق السنة أن يطلقها في طهر لم يمسه فيها لم ير الأمر بالرجعة إذا طلقها في طهر مسها فيه ، فهنا إذا أربع مسائل :

أخذها : هل يقع هذا الطلاق أم لا ؟ . والثانية : إن وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط ؟ . والثالثة : متى يوقع الطلاق بعد الإيجاب أو الندب : والرابعة : متى يقع الإيجاب .

(أما المسئلة الأولى) فإن الجمهور إنما صاروا إلى أن الطلاق إن وقع في الحيض اعتد به ، وكان طلاقاً لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر « مره فليراجعها » قالوا : والرجعة لا تكون إلا بعد طلاق ، وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريج أنهم أرسلوا إلى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال نعم ، وروى أنه الذي كان يفتى به ابن عمر . وأما من لم ير هذا الطلاق واقعا فإنه اعتمد عموم قوله صلى الله عليه وسلم « كُلُّ فِعْلٍ أَوْ عَمَلٍ لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرٌ فَهُوَ رَدٌّ » وقالوا : أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه . وبالحملة فسبب الاختلاف هل الشروط التي اشترطها الشرع الطلاق السنّي هي شروط صحة وإجزاء ، أم شروط كمال وتمام ؟ فمن قال شروط إجزاء قاله : لا يقع الطلاق الذي عدم هذه الصفة ، ومن قال : شروط كمال وتمام قال : يقع ويندب إلى أن يقع كاملا ، ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض ، فتدبر ذلك .

(وأما المسئلة الثانية) وهي هل يجبر على الرجعة أو لا يجبر ؟ فمن اعتمد ظاهر الأمر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال : يجبر ؛ ومن لحظ هذا المعنى الذي قلناه من كون الطلاق واقعا قال : هذا الأمر هو على الندب .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي متى يوقع الطلاق بعد الإيجاب فإن من اشترط في ذلك أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فإنما صار لذلك لأنه المنصوص عليه في حديث ابن عمر المتقدم قالوا : والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء في الطهر الذي بعد الحيض لأنه لو طلقها في الطهر الذي بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآخر علة لأنه كان يكون كالمطلق قبل الدخول . وبالحملة فقالوا إن من شرط الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء ، وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة أن يطلقها في طهر لم يطلق في الحيضة التي قبله ،

وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك في طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب .
وأما الذين لم يشترطوا ذلك ، فإنهم صاروا إلى ما روى يونس ابن جبير وسعيد
ابن جبير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث أنه قال :
يراجعها فإذا طهرت طلقها إن شاء ، وقالوا : المعنى في ذلك أنه إنما أمر بالرجوع
عقوبة له لأنه طلق في زمان كره له فيه الطلاق ، فإذا ذهب ذلك الزمان وقع
منه الطلاق على وجه غير مكروه . فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذه
المسئلة وتعارض مفهوم العلة .

(وأما المسئلة الرابعة) وهى متى يجبر فإنما ذهب مالك إلى أنه يجبر على
رجعها لطول زمان العدة لأنه الزمان الذى له فيه ارتجاعها . وأما أشهب فإنه
إنما صار في هذا إلى ظاهر الحديث ، لأن فيه « مره فليراجعها حتى تطهر » فلم
ذلك على أن المراجعة كانت في الحيضة ، وأيضا فإنه قال : إنما أمر بمراجعها
لثلاث تطول عليها العدة ، فإنه إذا وقع عليها الطلاق في الحيضة لم تعتد بها بإجماع
فإن قلنا إنه يراجعها في غير الحيضة كان ذلك عليها أطول ، وعلى هذا التعليل
فينبغي أن يجوز إيقاع الطلاق في الطهر الذى بعد الحيضة . فسبب الاختلاف
هو سبب اختلافهم في علة الأمر بالرد .

الباب الثالث في الخلع

واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تنول إلى معنى واحد ، وهو بذل
المرأة العوض على طلاقها ، إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاه والصلح
ببعضه والفدية بأكثره والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه على ما زعم الفقهاء .
والسكلام ينحصر في أصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول :
في جواز وقوعه أولا ، ثم ثانيا في شروط وقوعه : أعنى جواز وقوعه ، ثم
ثالثا في نوعه : أعنى هل هو طلاق أو فسخ ؟ . ثم رابعا فيما يلحقه من الأحكام :

الفصل الأول في جواز وقوعه

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء . والأصل في ذلك الكتاب والسنة .
أما الكتاب فقوله تعالى - فَمَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ - . وأما السنة

فحديث ابن عباس « أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ثابت بن قيس لأعنيب عليه في خلق ولا دين ، ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتودّينَ عليّ حِدَيقَتَهُ ؟ قالت : نعم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقْبِلِ الحَدِيقَةَ وَطَلِّقِيهَا طَلِّقَةً وَاحِدَةً » خرج بهذا اللفظ البخاري وأبو داود والنسائي ، وهو حديث متفق على صحته ، وشذ أبو بكر ابن عبد الله المزني عن الجمهور فقال : لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئاً ، واستدل على ذلك بأنه زعم أن قوله تعالى - فلا جناح عليهما فيما افئدت به - منسوخ بقوله تعالى - وإن أردتم استنبذالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُم مِّنْ ظَنَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا - الآية . والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها ، وأما برضاها فجاز . فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه أو على خصوصه .

الفصل الثاني في شروط وقوعه

فأما شروط جوازه فمنها ما يرجع إلى القدر الذي يجوز فيه ؛ ومنها ما يرجع إلى صفة الشيء الذي يجوز به ؛ ومنها ما يرجع إلى الحال التي يجوز فيها ؛ ومنها ما يرجع إلى صفة من يجوز له الخلع من النساء أو من أوليائهن ممن لا تملك أمرها ، ففي هذا الفصل أربع مسائل :

(المسئلة الأولى) أما مقدار ما يجوز لها أن تختلع به ، فإن مالكا والشافعي وجاعة قالوا : جائز أن تختلع المرأة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها إذا كان النشوز من قبلها وبأقل منه ؛ وقال قائلون : ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطائها على ظاهر حديث ثابت ، فمن شبهه بسائر الأعواض في المعاملات رأى أن القدر فيه راجع إلى الرضا ؛ ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك ، وكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق .

(المسئلة الثانية) وأما صفة العوض ، فإن الشافعي وأبا حنيفة يشترطان فيه أن يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجوب ، ومالك يميز فيه المجهول الوجود

والقدر والمعدوم ، مثل الآبق والشارد والثرثرة التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف . وحكى عن أبي حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم . وسبب الخلاف تردّد العوض ههنا بين العوض في البيوع أو الأشياء الموهوبة والموصى بها ؛ فمن تشبهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط في البيوع وفي أعواض البيوع ؛ ومن تشبهه بالهبات لم يشترط ذلك . واختلفوا إذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض أم لا بعد اتفاقهم . على أن الطلاق يقع ؟ فقال مالك : لا تستحق عوضا ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعي : يجب لها مهر المثل ١ .

(المسئلة الثالثة) وأما ما يرجع إلى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز فإن الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضي إذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه إضراره بها ، والأصل في ذلك قوله تعالى - وَلَا تَعْضِلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ - وقوله تعالى - فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا يَقِيَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ - وشذ أبو قلابة والحسن البصري فقالا : لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزني ، وحلوا الفاحشة في الآية على الزنا ؛ وقال داود : لا يجوز إلا بشرط الخوف أن لا يقيا حدود الله على ظاهر الآية ؛ وشذ النعمان فقال : يجوز الخلع مع الإضرار ؛ والفقهاء أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما يبد الرجل من الطلاق ، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل ، فيتحصل في الخلع خمسة أقوال : قول إنه لا يجوز أصلا . وقول إنه يجوز على كل حال : أي مع الضرر . وقول إنه لا يجوز إلا مع مشاهدة الزنا . وقول مع خوف أن لا يقيا حدود الله . وقول إنه يجوز في كل حال إلا مع الضرر ، وهو المشهور .

(المسئلة الرابعة) وأما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فإنه لا خلاف عند الجمهور أن الرشيدة تخالع عن نفسها ، وأن الأمة لا تخالع عن نفسها إلا برضا سيدها ، وكذلك السفينة مع وليها عند من يرى الحجر ؛ وقال مالك : يخالع

(١) هكذا جميع النسخ . ولعل الصواب يجب عليها ، فإن العوض راجع للزوج ، فليتأمل اه مصححه .

الأب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنته الصغير لأنه عنده يطلق عليه ، والخلاف في الابن الصغير قال الشافعي وأبو حنيفة : لا يجوز لأنه لا يطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع المريضة يجوز عند مالك إذا كان بقدر ميراثه منها ؛ وروى ابن نافع عن مالك أنه يجوز خلعها بالثلث كله ؛ وقال الشافعي : لو اختلعت بقدر مهر مثلها بجاز ، وكان من رأس المال ، وإن زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث . وأما المهرلة التي لا وصى لها ولا أب فقال ابن القاسم : يجوز خلعها إذا كان خلع مثلها ، والجمهور على أنه يجوز خلع المالكة لنفسها ؛ وشذ الحسن وابن سيرين فقالا : لا يجوز الخلع إلا بإذن السلطان .

الفصل الثالث في نوعه

وأما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق ، وبه قال مالك ، وأبو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ ؛ وقال الشافعي : هو فسخ ، وبه قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس . وقد روى عن الشافعي أنه كناية ، فإن أراد به الطلاق كان طلاقاً وإلا كان فسخاً ، وقد قيل عنه في قوله الجديد إنه طلاق وفائدة الفرق هل يعتد به في التطلقات أم لا ؟ وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائناً ، لأنه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى وقال أبو ثور : إن لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عاها رجعة ، وإن كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة احتج من جاء طلاقاً بأن الفسوخ إنما هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراغ مما ليس يرجع إلى اختياره ، وهذا راجع إلى الاختيار فليس بفسخ ، واحتج من لم يره طلاقاً بأن الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال - الطلاق مرتان - ثم ذكر الافتداء ثم قال - فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره - فلو كان الافتداء طلاقاً لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع ، وعند هؤلاء أن الفسوخ تقع بالتراضي قياساً على فسوخ البيع : أعني الإقالة ، وعند المخالف أن الآية إنما تضمنت حكم الافتداء على أنه شيء يلحق جميع أنواع

الطلاق لأنه شيء غير الطلاق . فسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق إلى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها ؟ .

الفصل الرابع فيما يلحقه من الأحكام

وأما لواحقه وفروع كثيرة ، لكن نذكر منها ما شهر : فمنها هل يرتدف على المختلة طلاق أم لا ؟ فقال مالك : لا يرتدف إلا إن كان الكلام متصلا ؛ وقال الشافعي : لا يرتدف وإن كان الكلام متصلا ؛ وقال أبو حنيفة : يرتدف ولم يفرق بين الفور والتراخي . وسبب الخلاف أن العدة عند الفريق الأول من أحكام الطلاق ، وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح ، ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع المتوتة أختها ، فمن رآها من أحكام النكاح ارتدف الطلاق عنده ، ومن لم ير ذلك لم يرتدف ؛ ومنها أن جمهور العلماء أجمعوا على أنه لا رجعة للزوج على المختلة في العدة ، إلا ما روى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب أنهما قالا : إن ردت لها ما أخذت منها في العدة أشهد على رجعتها ، والفرق الذي ذكرناه عن أبي ثور بين أن يكون بلفظ الطلاق أو لا يكون ؛ ومنها أن الجمهور أجمعوا على أن له أن يتزوجها برضاها في عدتها ؛ وقالت فرقة من المتأخرين : لا يتزوجها هو ولا غيره في العدة . وسبب اختلافهم هل المنع من النكاح في العدة عبادة أو ليس بعبادة بل مغلل ؟ . واختلفوا في عدة المختلة وسيأتي بعد . واختلفوا إذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العدد الذي وقع به الخلع فقال مالك : القول قوله إن لم يكن هنالك بينة ؛ وقال الشافعي : يتحالفان ويكون عليها مهر المثل ، شبه الشافعي اختلافهما باختلاف المتبايعين ؛ وقال مالك : هي مدعى عليها وهو مدع . ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا .

الباب الرابع في تمييز الطلاق من الفسخ

واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذي يعتد به في الثلاث إلى قولين : أحدهما أن النكاح إن كان فيه خلاف خارج عن مذهبه : أعني في جوازه ، وكان الخلاف مشهورا

قالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بزويج المرأة نفسها والحرم ، فهذه على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ . والقول الثاني أن الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق ، فإن كان غير راجع إلى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح العدة وإن كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا .

الباب الخامس في التخيير والتملك

وما يعد من أنواع الطلاق مما يرى أن له أحكاما خاصة : التملك والتخيير ، والتملك عن مالك في المشهور غير التخيير ، وذلك أن التملك هو عنده تملك المرأة إيقاع الطلاق ، فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ، ولذلك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحدة ، والخيار بخلاف ذلك لأنه يقتضي إيقاع طلاق تنقطع معه العصمة إلا أن يكون تخييرا مقيدا مثل أن يقول لها اختارى نفسك أو اختارى تطليقة أو تطليقتين ، ففي الخيار المطلق عند مالك ليس لها إلا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث ، وإن اختارت واحدة لم يكن لها ذلك ، والمملكة لا يبطل تملكها عنده إن لم توقع الطلاق حتى يطول الأمر بها على إحدى الروايتين أو يتفرقا من المجلس ؛ والرواية الثانية أنه يبقى لها التملك إلى أن ترد أو تطلق والفرق عند مالك بين التملك وتوكيله إياها على تطليق نفسها أن في التوكيل له أن يعزلها قبل أن تطلق ، وليس له ذلك في التملك ؛ وقال الشافعي : اختارى وأمرك بيدك سواء ، ولا يكون ذلك طلاقا إلا أن ينويه ، وإن نواه فهو ما أراد إن واحدة فواحدة وإن ثلاثا فثلاث ، فله عنده أن يناكرها في الطلاق نفسه ، وفي العدد في الخيار أو التملك ، وهي عنده إن طلقت نفسها رجعية ، وكذلك هي عند مالك في التملك ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : الخيار ليس بطلاق ، فإن طلقت نفسها في التملك واحدة فهي بائنة ؛ وقال الثوري : الخيار والتملك واحد لا فرق بينهما ، وقد قيل القول قولها في أعداد الطلاق في التملك ، وليس للزوج مناكرتها ، وهذا القول مروي عن علي وابن المسيب ؛ وبه قال الزهري وعطاء ، وقد قيل إنه ليس للمرأة في التملك إلا أن تطلق نفسها تطليقة واحدة ،

وذلك مروى عن ابن عباس وعمر رضي الله عنهما ، روى أنه جاء ابن مسعود رجل فقال : كان بيني وبين امرأتى بعض ما يكون بين الناس ، قالت : لو أن الذى بيدك من أمرى بيدى لعلمت كيف أصنع ، قال : فإن الذى بيدى من أمرك بيدك ، قالت : فأنت طالق ثلاثا ، قال : أراها واحدة وأنت أحق بهما دامت فى عتسها ، وسألتى أمير المؤمنين عمر ، ثم لقيه فقص عليه القصة فقال : صنع الله بالرجال وفعل : يعمدون إلى ما جعل الله فى أيديهم فيجعلونه بأيدي النساء بغير التراب ، ماذا قلت فيها ؟ قال : قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال : وأنا أرى ذلك ، ولو رأيت غير ذلك علمت أنك لم تصب ، وقد قبل ليس التملك بشيء لأن ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع إلى يد المرأة يجعل جاعل . وكذلك التخيير وهو قول أبي محمد بن حزم وقول مالك فى المملكة إن لها الخيار فى الطلاق أو البقاء على العصمة ما دامت فى المجلس وهو قول الشافعى وأبى حنيفة والأوزاعى وجماعة فقهاء الأمصار ، وعند الشافعى أن التملك إذا أراد به الطلاق كالوكالة ، وله أن يرجع فى ذلك متى أحب ذلك ما لم يوقع الطلاق ، وإنما صار الجمهور للقضاء بالتمليك أو التخيير ، وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه ، قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا ، لكن أهل الظاهر يرون أن معنى ذلك أنهم لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنهم كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق . وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن التخيير والتمليك واحد فى الحكم ، لأن من عرف دلالة اللغة أن من ملك إنسانا أمرا من الأمور إن شاء أن يفعلها أو لا يفعلها فإنه قد خيره . وأما مالك فيرى أن قوله لها اختاريني أو اختارى نفسك أنه ظاهر بعرف الشرع فى معنى البيئونة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لأن المفهوم منه إنما كان البيئونة وإنما رأى مالك أنه لا يقبل قول الزوج فى التملك أنه لم يرد به طلاقا إذا زعم ذلك لأنه لفظ ظاهر فى معنى جعل الطلاق بيدها ، وأما الشافعى فلما لم يكن اللفظ عنده نصا اعتبر فيه النية . فسبب الخلاف هل يتطلب ظاهر اللفظ أو دعوى النية ، وكذلك فعل فى التخيير ، وإنما اتفقوا على

أن له مناكرتها في العدد : أعنى في لفظ التملك ، لأنه لا يدل عليه دلالة محتملة . فضلا عن ظاهره ، وإنما رأى مالك والشافعي أنه إذا طلقت نفسها بتمليكها إياها طلاق واحدة أنها تكون رجعية ، لأن الطلاق إنما يحمل على العرف الشرعى وهو طلاق السنة ، وإنما رأى أبو حنيفة أنها بائنة ، لأنه إذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التملك فائدة ولما قصد هو من ذلك . وأما من رأى أن لها أن تطلق نفسها في التملك ثلاثا وأنه ليس لازوج مناكرتها في ذلك ، فلأن معنى التملك عنده إنما هو تعيين جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهى مخيرة فيما توقعه من أعداد الطلاق . وأما من جعل التملك طلاقا واحدة فقط أو التخيير ، فلما ذهب إلى أنه أقل ما ينطلق عليه الاسم واحتياطا للرجال لأن العلة في جعل الطلاق بأيدي الرجال دون النساء هو نقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة ، وجمهور العلماء على أن المرأة إذا اختارت زوجها أنه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم . وروى عن الحسن البصرى أنها إذا اختارت زوجها فواحدة ، وإذا اختارت نفسها فثلاث ، فيتحصل في هذه المسئلة الخلاف في ثلاثة مواضع : أحدها أنه لا يقع بواحد منهما طلاق . والثاني أنه تقع بينهما فرقة . والثالث الفرق بين التخيير والتملك فيما تملك به المرأة ، أعنى أن تملك بالتخيير البيونة ، وبالتملك ما دون البيونة ، وإذا قلنا بالبيونة فقليل تملك واحدة ، وقيل تملك الثلاث ؛ وإذا قلنا إنها تملك واحدة فقليل رجعية ، وقيل بائنة . وأما حكم الألفاظ التي تجيب بها المرأة في التخيير والتملك وهى ترجع إلى حكم الألفاظ التي يقع بها الطلاق في كونها صريحة في الطلاق أو كناية أو محتملة ، وسأتى تفصيل ذلك عند التكلم في ألفاظ الطلاق .

(الحملة الثانية) وفي هذه الحملة ثلاثة أبواب : الباب الأول : في ألفاظ الطلاق وشروطه . الباب الثاني : في تفصيل من يجوز طلاقه من لا يجوز . الباب الثالث : في تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء من لا يقع .

الباب الأول في ألفاظ الطلاق وشروطه

وهذا الباب فيه فصلان : الفصل الأول : في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة .
الفصل الثاني : في أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة .

الفصل الأول في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة

أجمع المسلمون على أن الطلاق يقع إذا كان بنية و بلفظ صريح . واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذى ليس بصريح ، أو بالنية دون اللفظ ، أو باللفظ دون النية ؛ فن اشترط فيه النية واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر الشرع ، وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ، ومن شبهه بالعقد في النذر وفي اليمين أوقعه بالنية فقط ، ومن أعمل التهمة أوقعه باللفظ فقط . واتفق الجمهور على أن ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان : صريح ، وكناية . واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية وفي أحكامها وما يلزم فيها ، ونحن إنما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجرى مجرى الأصول ، فقال مالك وأصحابه : الصريح هو لفظ الطلاق فقط ، وما عدا ذلك كناية ، وهى عنده على ضربين ظاهرة ومحتمة ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعى : ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث : الطلاق ، والفراق ، والسراح ، وهى المذكورة في القرآن ؛ وقال بعض أهل الظاهر : لا يقع طلاق إلا بهذه الثلاث . فهذا هو اختلافهم في صريح الطلاق من غير صريحه . وإنما اتفقوا على أن لفظ الطلاق صريح لأن دلالاته على هذا المعنى الشرعى دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا في هذا الباب . وأما ألفاظ الفراق والسراح فهى مترددة بين أن يكون للشرع فيها تصرف : أعنى أن تدل بعرف الشرع على المعنى الذى يدل عليه الطلاق ، أو هى باقية على دلالتها اللغوية فإذا استعملت في هذا المعنى : أعنى في معنى الطلاق كانت مجازا إذ هذا هو معنى الكناية : أعنى اللفظ الذى يكون مجازا في دلالاته ، وإنما ذهب من ذهب إلى أنه لا يقع الطلاق إلا بهذه الألفاظ الثلاثة ، لأن الشرع إنما ورد بهذه الألفاظ الثلاثة وهى عبادة ، ومن شرطها اللفظ ، فوجب أن يقتصر بها على اللفظ الشرعى الوارد فيها . فأما اختلافهم في أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسئلتان

مشهورتان : إحداهما اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها . والثانية اختلفوا فيها . فأما التي اتفقوا عليها فإن مالكا والشافعي وأبا حنيفة قالوا : لا يقبل قول المطلق إذا نطق بألفاظ الطلاق أنه لم يرد به طلاقا إذا قال لزوجه أنت طالق ، وكذلك السراح والفراق عند الشافعي ؛ واستثنت المالكية بأن قالت : إلا أن تقرن بالحالة أو بالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه ، مثل أن تسأله أن يطلقها من وثاق هي فيه وبشبهه فيقول لها أنت طالق . وفقه المسئلة عند الشافعي وأبي حنيفة أن الطلاق لا يحتاج عندهم إلى نية ؛ وأما مالك فالمشهور عنه أن الطلاق عنده يحتاج إلى نية ، لكن لم ينوه ههنا لموضع التهم ، ومن رأيه الحكم بالتهم سدا للذرائع ، وذلك بما خالفه فيه الشافعي وأبو حنيفة ، فيجب على رأى من يشترط النية في ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم أن يصدقه فيما ادعى .

(وأما المسئلة الثانية) فهي اختلافهم فيمن قال لزوجه أنت طالق ، وادعى أنه أراد بذلك أكثر من واحدة إمانتين وإما ثلاثا ، فقال مالك : هو ما نوى وقد لزمه ، وبه قال الشافعي إلا أن يقيد فيقول طلقة واحدة ، وهذا القول هو المختار عند أصحابه ؛ وأما أبو حنيفة فقال : لا يقع ثلاثا بلفظ الطلاق لأن العدد لا يتضمنه لفظ الأفراد لا كناية ولا تصريحاً . وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ المحتمل ؟ فن قال بالنية أوجب الثلاث ، وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى أن لفظ الطلاق يحتمل العدد ؛ ومن رأى أنه لا يحتمل العدد وأنه لابد من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النية قال : لا يجب العدد وإن نواه ؛ وهذه المسئلة اختلفوا فيها ، وهي من مسائل شروط ألفاظ الطلاق : أعنى اشتراط النية مع اللفظ ، أو بانفراد أحدهما ، فالمشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ والنية ، وبه قال أبو حنيفة ، وقد روى عنه أنه يقع باللفظ دون النية ؛ وعند الشافعي أن لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية ، فن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ » . ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنَّسْيَانُ وَمَا حَدَّثْتُ بِهِ أَنْفُسَهَا » والنية دون قول حديث نفس قال : وليس يلزم من اشتراط النية في الحديث المتقدم أن تكون النية كافية بنفسها . واختلف المذهب

هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها طلاق بائن إذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض ؟ فقليل يقع ، وقيل لا يقع ، وهذه المسئلة هي من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق . وأما ألفاظ الطلاق التي ليست بصريح ، فمنها ما هي كناية ظاهرة عند مالك ، ومنها ما هي كناية محتملة ؛ ومذهب مالك أنه إذا ادعى في الكناية الظاهرة أنه لم يرد طلاقاً لم يقبل قوله إلا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كراهيه في الصريح ، وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث في الكنايات الظاهرة وذلك في المدخول بها إلا أن يكون قال ذلك في الخلع . وأما غير المدخول بها فيصدق في الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث ، لأن طلاق غير المدخول بها بائن ، وهذه هي مثل قولهم : حبلك على غاربك ، ومثل البتة ، ومثل قولهم : أنت خلية وبرية . وأما مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة فإنه يرجع في ذلك إلى ما نواه ، فإن كان نوى طلاقاً كان طلاقاً وإن كان نوى ثلاثاً أو كان ثلاثاً أو واحدة كان واحدة ويصدق في ذلك وقول أبي حنيفة في ذلك مثل قول الشافعي ، إلا أنه إذا نوى على أصله ، واحدة أو اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بائنة ، وإن اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم أنه لم ينو لم يصدق ، وذلك إذا كان عنده في مذاكرته الطلاق ؛ وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها إذا اقترنت بها هذه القرينة إلا أربع : حبلك على غاربك ، واعتدي ، واستبرئ ، وتقنعي ، لأنها عنده من المحتملة غير الظاهرة وأما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك أنه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعي في الكناية الظاهرة ، وخالفه في ذلك جمهور العلماء فقالوا : ليس فيها شيء ، وإن نوى طلاقاً فيتحصل في الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال : قول أن يصدق بإطلاق ، وهو قول الشافعي ؛ وقول إنه لا يصدق بإطلاق إلا أن يكون هنالك قرينة ، وهو قول مالك ؛ وقول إنه يصدق إلا أن يكون في مذاكرة الطلاق ، وهو قول أبي حنيفة . وفي المذهب خلاف في مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل ، وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة البيوتة فوقع فيها الاختلاف وهي راجعة إلى هذه الأصول ؛ وإنما صار مالك إلى أنه لا يقبل قوله في الكنايات الظاهرة إنه لم يرد به طلاقاً ، لأن العرف اللغوي

والشرعى شاهد عليه ، وذلك أن هذه الألفاظ إنما تلفظ بها الناس غالبا ، والمراد بها الطلاق ، إلا أن يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك ، وإنما صار إلى أنه لا يقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث ، لأن الظاهر من هذه الألفاظ هو البينونة ، والبينونة لا تقع إلا خلعا عنده في المشهور أو ثلاثا ، وإذا لم تقع خلعا لأنه ليس هناك عوض فبئى أن يكون ثلاثا ، وذلك في المدخول بها ، ويتخرج على القول في المذهب بأن البائن تقع من دون عوض ودون عدد أن يصدق في ذلك وتكون واحدة بائنة ، وحجة الشافعى أنه إذا وقع الإجماع على أنه يقبل قوله فيما دون الثلاث في صريح ألفاظ الطلاق كان أخرى أن يقبل قوله في كتابته لأن دلالة الصريح أقوى من دلالة الكتابة ، ويشبه أن تقول المسالكية إن لفظ الطلاق وإن كان صريحا في الطلاق فليس بصريح في العدد ومن الحجة لشافعى حديث ركانة المتقدم ، وهو مذهب عمر في حبلك على غاربك ، وإنما صار الشافعى إلى أن الطلاق في الكتابات الظاهرة إذا نوى ما دون الثلاث يكون رجعا لحديث ركانة المتقدم ، وصار أبو حنيفة إلى أنه يكون بائنا لأنه المقصود به قطع العصمة ، ولم يجعله ثلاثا لأن الثلاث معنى زائد على البينونة عنده . فسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية أو النية على عرف اللفظ ؟ وإذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضى البينونة فقط أو العدد ؟ فن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ، ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت إلى النية . ومما اختلف فيه الصدر الأول وفقهاء الأمصار من هذا الباب : أعنى من جنس المسائل الداخلة في هذا الباب لفظ التحريم : أعنى من قال لزوجه أنت على حرام ، وذلك أن مالكا قال : يحمل في المدخول بها على البت : أى الثلاث وينوى في غير المدخول بها ، وذلك على قياس قوله المتقدم في الكتابات الظاهرة وهو قول ابن أبي ليلى وزيد بن ثابت وعلى من الضحابة ، وبه قال أصحابه إلا ابن الماجشون فإنه قال : لا ينوى في غير المدخول بها وتكون ثلاثا ، فهذا هو أحد الأقوال في هذه المسئلة ، والقول الثانى أنه إن نوى بذلك ثلاثا فهى ثلاث وإن نوى واحدة فهى واحدة بائنة ، وإن نوى يمينا فهو يمينا يكفرها ، وإن لم ينوبه طلاقا ولا يمينا فليس بشيء ، هى كذبة ، وقال بهذا القول الثورى ، والقول الثالث أنه يكون أيضا ما نوى بها وإن نوى واحدة فواحدة أو ثلاثا

ثلاث ، وإن لم ينوشيثا فهو يمين يكفرها ، وهذا القول قاله الأوزاعي .
والقول الرابع أن ينوى فيها في الموضعين في إرادة الطلاق وفي عدده ، فما نوى
كان ما نوى ، فإن نرى واحدة كان رجعيا ، وإن أراد تحريمها بغير طلاق
فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعي . والقول الخامس أنه ينوى أيضا في الطلاق
وفي العدد ، فإن نوى واحدة كانت بائنة ، فإن لم ينو طلاقا كان يمينا وهو
مول ، فإن نوى الكذب فليس بشيء ، وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه .
والقول السادس إنها يمين يكفرها ما يكفر اليمين ، إلا أن بعض هؤلاء قال يمين
مغلظة ، وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين ؛ وقال
ابن عباس وقد سئل عنها : لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة ، خرج
البخاري ومسلم ذهب إلى الاحتجاج بقوله تعالى - يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ
مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ - الآية . والقول السابع أن تحريم المرأة كتحريم الماء ،
وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى - لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتٍ مَا أَحَلَّ اللَّهُ
لَكُمْ - وهو قول مسروق والأجدع وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي
وغيرهم . ومن قال فيها إنها غير مغلظة بعضهم أوجب فيها الواجب في الظهار ،
وبعضهم أوجب فيها عتق رقبة . وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية ؟
أو ليس يمين ولا كناية ؟ فهذه أصول ما يقع من الاختلاف في ألفاظ الطلاق .

الفصل الثاني في ألفاظ الطلاق المقيدة

والطلاق المقيّد لا يخلو من قسمين : إما تقييد اشتراط ، أو تقييد استثناء ،
والتقييد المشترط لا يخلو أن يعلق بمشيئة من له اختيار أو بوقوع فعل من الأفعال
المستقبلية أو بخروج شيء مجهول العلم إلى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق
به مما لا يتوصل إلى علمه إلا بعد خروجه إلى الحس ، أو إلى الوجود أو بما
لا سييل إلى الوقوف عليه مما هو ممكن أن يكون أو لا يكون . فأما تعليق الطلاق
بالمشيئة فإنه لا يخلو أن يعلقه بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق ، فإذا علقه بمشيئة الله
وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق إن شاء الله ، أو على جهة
الاستثناء مثل أن يقول أنت طالق إلا أن يشاء الله ، فإن مالكا قال : لا يؤثر

الاستثناء في الطلاق شيئا وهو واقع ولا يد . وقال أبو حنيفة والشافعي : إذا استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق . وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالأفعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالأفعال المستقبلية أو لا يتعلق ؟ وذلك أن الطلاق هو فعل حاضر ؛ فمن قال لا يتعلق به قال : لا يؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة في الطلاق ؛ ومن قال يتعلق به قال : يؤثر فيه . وأما إن علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل إلى علمها فلا خلاف في مذهب مالك أن الطلاق يقف على اختيار الذى علق الطلاق بمشيئته . وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ، ففيه خلاف في المذهب ، قيل يلزمه الطلاق ، وقيل لا يلزمه ، والصبي والمجنون داخلان في هذا المعنى ؛ فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال : يقع هذا الطلاق ؛ ومن اعتبر وجود الشرط قال : لا يقع لأن الشرط قد عدم ههنا . وأما تعليق الطلاق بالأفعال المستقبلية ، فإن الأفعال التي يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب : أحدها ما يمكن أن يقع أولا يقع على السواء كدخول الدار وقدم زيد ، فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف . وأما ما لا بد من وقوعه كطلوع الشمس غدا ، فهذا يقع ناجزا عند مالك ، ويقف وقوعه عند الشافعي وأبي حنيفة على وجود الشرط ؛ فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال : لا يقع إلا بوقوع الشرط ؛ ومن شبهه بالوطء الواقع في الأجل ببنكاح المتعة لكونه وطئا مستباحا إلى أجل قال : يقع الطلاق ؛ والثالث هو الأغلب منه بحسب العادة وقوع الشرط ، وقد لا يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل ومجيء الحيض والطهر ، ففي ذلك روايتان عن مالك : إحداهما وقوع الطلاق ناجزا ؛ والثانية وقوعه على وجود شرطه ، وهو الذى يأتي على مذهب أبي حنيفة والشافعي ، والقول بإنجاز الطلاق في هذا يضعف لأنه مشبه عنده بما يقع ولا بد ، والخلاف فيه قوى . وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فإن كان لاسيبل إلى علمه مثل أن يقول : إن كان خلق الله اليوم في بحر القلزم حوتا بصفة كذا فأنت طالق ، فلا خلاف أعلمه في المذهب أن الطلاق يقع في ^١ ، وأما إن علقه بشيء يمكن أن يعلم بخروجه إلى الوجود مثل أن يقول : إن ولدت أنثى فأنت طالق

فإن الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشيء إلى الوجود . وأما إن حلف بالطلاق أنها تلد أنثى ، فإن الطلاق في الحين يقع عنده وإن ولدت أنثى ، وكان هذا من باب التغليظ ، والقياس يوجب أن يوقف الطلاق على خروج ذلك الشيء أو ضده ومن قول مالك إنه إذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط أن يفعل فعلا من الأفعال أنه لا يحنث حتى يفعل ذلك الفعل ؛ وإذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الأفعال فإنه على الحنث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته ، فإن امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة أجل الإيلاء ضرب له أجل الإيلاء ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل إن كان مما يقع فوته ، ومن العلماء من يرى أنه على بر حتى يفوت الفعل ، وإن كان مما لا يفوت كان على البر حتى يموت ، ومن هذا الباب اختلافهم في تبعض المطلقة ، أو تبعض الطلاق . وإرداف الطلاق على الطلاق ، فأما مسألة تبعض المطلقة ، فإن مالكا قال : إذا قال يدك أو رجلك أو شعرك طالق طلقت عليه ؛ وقال أبو حنيفة : لا تطلق إلا بذكر عضو يعبر به عن جملة البدن كالرأس والقلب والفرج ، وكذلك تطلق عنده إذا طلق الجزء منها ، مثل الثلث أو الربع ؛ وقال داود : لا تطلق ؛ وكذلك إذا قال عند مالك : طلقك نصف تطليقة طلقت ، لأن هذا كله عنده لا يتبعض ؛ وعند الجبالف إذا تبعض لم يقع ، وأما إذا قال لغير المدخول بها : أنت طالتي أنت طالق أنت طالق نسقا ، فإنه يكون ثلاثا عند مالك ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : يقع واحدة ؛ فمن شبه تكرار اللفظ بلفظه بالعدد ، أعنى بقوله طلقك ثلاثا قال : يقع الطلاق ثلاثا ؛ ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد باتت منه قال : لا يقع عليها الثاني والثالث ، ولا خلاف بين المسلمين في ارتدافه في الطلاق الرجعي . وأما الطلاق المقيّد بالاستثناء فلإنما يتصور في العدد فقط ، فإذا طلق أعتادا من الطلاق ، فلا يخلو من ثلاثة أحوال : إما أن يستثنى ذلك العدد بعينه ، مثل أن يقول : أنت طالتي ثلاثا إلا ثلاثا ، أو اثنتين إلا اثنتين ؛ وإما أن يستثنى ما هو أقل . وإذا استثنى ما هو أقل ، فلإنما أن يستثنى ما هو أقل مما هو أكثر ، وإما أن يستثنى ما هو أكثر مما هو أقل ، فإذا استثنى الأقل من الأكثر فلا خلاف أعلمه أن الاستثناء يصح ويسقط المستثنى : مثل أن يقول : أنت طالتي ثلاثا إلا واحدة . وأما إن

استثنى الأكثر من الأقل فيتوجه فيه قولان : أحدهما أن الاستثناء لا يصح ، وهو مبنى على من منع أن يستثنى الأكثر من الأقل . والآخر أن الاستثناء يصح ، وهو قول مالك . وأما إذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ، فإن مالكا قال : يقع الطلاق لأنه اتهمه على أنه رجوع منه . وأما إذا لم يقل بالثمة وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه ، كما لو قال أنت طالق لا طالق معا ، فإن وقوع الشيء مع ضده مستحيل . وشذ أبو محمد بن حزم فقال : لا يقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع ، لأن الطلاق لا يقع في وقت وقوعه إلا بإيقاع من يطلق في ذلك الوقت ولا دليل من كتاب ولا سنة ولا إجماع على وقوع طلاق في وقت لم يوقعه فيه المطلق ، وإنما ألزم نفسه إيقاعه فيه ، فإن قلنا بال لزوم لزم أن يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع ، هذا قياس قوله عندى وحجته ، وإن كنت لست أذكر في هذا الوقت احتجاجه في ذلك .

الباب الثاني في المطلق الجائز الطلاق

واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره ، واختلفوا في طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب للبلوغ . واتفقوا على أنه يقع طلاق المريض إن صح ، واختلفوا هل ترثه إن مات أم لا ؟ فأما طلاق المكره فإنه غير واقع عند مالك والشافعي وأحمد وداود وجماعة ، وبه قال عبد الله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلى ابن أبي طالب وابن عباس ، وفرق أصحاب الشافعي بين أن ينوى الطلاق أو لا ينوى شيئا ، فإن نوى الطلاق فعنهم قولان أحصهما لزومه ، وإن لم ينو فقولان أحصهما أنه لا يلزم ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : هو واقع ، وكذلك عتقه دون بيعه ، ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق . وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الإكراه مختار أم ليس بمختار ؟ لأنه ليس يكره على اللفظ إذ كان اللفظ إنما يقع باختياره . والمكره على الحقيقة هو الذى لم يكن له اختيار في إيقاع الشيء أصلا ، وكل واحد من الفريقين يحتاج بقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولكن الأظهر أن المكره على الطلاق وإن كان موقعا للفظ

باختياره أنه ينطلق عليه في الشرع اسم المكره لقوله تعالى - إِلَّا مَنْ أُمِرَ -
وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ - وإنما فرق أبو حنيفة بين البيع والطلاق ، لأن
الطلاق مغلظ فيه ، ولذلك استوى جده وهزله . وأما طلاق الصبي ، فإنه
المشهور عن مالك أنه لا يلزمه حتى يبلغ ؛ وقال في مختصر ما ليس في المختصر :
أنه يلزمه إذا ناهز الاحتلام ، وبه قال أحمد بن حنبل إذا هو أطاق صيام
رمضان ؛ وقال عطاء : إذا بلغ اثنتي عشرة سنة جاز طلاقه ، وروى عن
عمر بن الخطاب رضى الله عنه . وأما طلاق السكران ، فالجمهور من الفقهاء
على وقوعه ؛ وقال قوم : لا يقع منهم المزني وبعض أصحاب أبي حنيفة .
والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق ؟ فن قال هو
والمجنون سواء إذ كان كلاهما فاقدًا للعقل ، ومن شرط التكليف العقل قال :
لا يقع ؛ ومن قال الفرق بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته
والمجنون بخلاف ذلك ألزم السكران الطلاق ، وذلك من باب التغليظ عليه ؛
واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالحملة من الأحكام وما لا يلزمه ، فقال
مالك : يلزمه الطلاق والعتق والقود من الجراح والقتل ، ولم يلزمه النكاح ولا
البيع ، وألزمه أبو حنيفة كل شيء ؛ وقال الليث : كل ما جاء من منطق
السكران فوضوع عنه ، ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نكاح ولا بيع ولا أحد
في قذف ، وكل ما جنته جوارحه فلازم له ، فيحد في الشرب والقتل والزنى
والسرقة . وثبت عن عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه كان لا يرى طلاق
السكران . وزعم بعض أهل العلم أنه لا يخالف لعثمان في ذلك من الصحابة .
وقول من قال : إن كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه ليس نصاً في إلزام
السكران الطلاق لأن السكران معتوه مآ ، وبه قال داود وأبو ثور وإسحاق وجماعة
من التابعين : أعنى أن طلاقه ليس يلزم ؛ وعن الشافعي القولان في ذلك ،
والأكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور ، واختار المزني من أصحابه أن طلاقه
غير واقع . وأما المريض الذى يطلق طلاقاً بائناً ويموت من مرضه ، فإن
مالك وجماعة يقول : ترثه زوجته ، والشافعي وجماعة لا يرثها . والذين قالوا
بتوريثها انقسموا ثلاث فرق : ففرقة قالت لها الميراث مادامت في العدة ، ومن
قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري ؛ وقال قوم : لها الميراث ما لم تزوج ،

ومن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى؛ وقال قوم : بل ترث كانت في العدة أو لم تكن ، تزوجت أم لم تزوج ، وهو مذهب مالك والليث . وسبب الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع ؛ وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث ؛ فن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها ؛ ومن لم يقل بسد الذرائع ولحق وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا ، وذلك أن هذه الطائفة تقول : إن كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه ، لأنهم قالوا : إنه لا يرثها إن مات وإن كان لم يقع فالزوجة باقية بجميع أحكامها ، ولا بد لخصوصهم من أحد الجوابين ، لأنه يعسر أن يقال إن في الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية ؛ وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصحح أو لا يصحح ، لأن هذا يكون طلاقا موقوف الحكم إلى أن يصحح أو لا يصحح ، وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع ، ولكن إنما أنس القائلون به أنه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية أنه إجماع الصحابة ، ولا معنى لقولهم فإن الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور . وأما من رأى أنها ترث في العدة ، فلأن العدة عنده من بعض أحكام الزوجية ، وكأنه شبهها بالمطلقة الرجعية ، وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة . وأما من اشترط في توريثها ما لم تزوج فإنه لحظ في ذلك إجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين . ولكون التهمة هي العلة عند الذين أوجبوا الميراث . واختلفوا إذا طلبت هي الطلاق أو مدّكها أمرها الزوج فطلقت نفسها ، فقال أبو حنيفة : لا ترث أصلا ؛ وفرق الأزاعي بين التملك والطلاق فقال : ليس لها الميراث في التملك ولها في الطلاق وسوى مالك في ذلك كله حتى لقد قال : إن ماتت لا يرثها وترثه هي إن مات ، وهذا مخالف للأصول جدا .

الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق

وأما من يقع طلاقه من النساء ، فإنهم اتفقوا على أن الطلاق يقع على النساء اللاتي في عصمة أزواجهن ، أو قبل أن تنقضي عددهن في الطلاق الرجعي ،

وأنه لا يقع على الأجنبية : أعنى الطلاق المعلق . وأما تعليق الطلاق على الأجنبية بشرط التزويج مثل أن يقول : إن نكحت فلانة فهى طالق ، فإن للعلماء فى ذلك ثلاثة مذاهب : قول إن الطلاق لا يتعلق بأجنبية أصلاً عمّ المطلق أوخص ، وهو قول الشافعى وأحمد وداود وجماعة ؛ وقول إنه يتعلق بشرط التزويج عمّ المطلق جميع النساء أوخصص ، وهو قول أبى حنيفة وجماعة وقول إنه إن عم جميع النساء لم يلزمه ، وإن خصص لزمه ، وهو قول مالك وأصحابه ؛ أعنى مثل أن يقول : كل امرأة أتزوجها من بنى فلان أو من بلد كذا فهى طالق ، وكذلك فى وقت كذا ، فإن هؤلاء يطلقن عند مالك إذا زوجن . بسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدماً بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه ؟ فمن قال هو من شرطه قال : لا يتعلق الطلاق بالأجنبية ؛ ومن قال ليس من شرطه إلا وجود الملك فقط قال : يقع بالأجنبية . وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبنى على المصلحة ، وذلك أنه إذا عمم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلاً إلى النكاح الحلال ، فكان ذلك عنتاً به وحرَجاً ، وكأنه من باب نذر المعصية ؛ وأما إذا خصص فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق ؛ واحتج الشافعى بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا طلاق إلا من بعد نكاح » وفى رواية أخرى « لا طلاق فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك » وثبت ذلك عن على ومعاذ وجابر ابن عبد الله وابن عباس وعائشة ؛ وروى مثل قول أبى حنيفة عن عمر وابن مسعود ، وضعف قوم الرواية بذلك عن عمر رضى الله عنهم .

(الجملة الثالثة : فى الرجعة بعد الطلاق) ولما كان الطلاق على ضربين : بائن ، ورجعى ، وكانت أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعى وجب أن يكون فى هذا الجنس بابان : الباب الأول : فى أحكام الرجعة فى الطلاق الرجعى . الباب الثانى : فى أحكام الارتجاع فى الطلاق البائن .

الباب الأول في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى - وَيُعَوِّلُتَهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ - وأن من شرط هذا الطلاق تقدم الميسر له ، وانفقوا على أنها تكون بالقول والإشهاد . واختلفوا هل الإشهاد شرط في صحتها أم ليس بشرط ؟ وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء ؟ فأما الإشهاد فذهب مالك إلى أنه مستحب ، وذهب الشافعي إلى أنه واجب . وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر ، وذلك أن ظاهر قوله تعالى - وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ - يقتضي الوجوب ، وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الإنسان يقتضي أن لا يجب الإشهاد ، فكان الجنب بين القياس والآية حمل الآية على التنبه . وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة ، فإن قوما قالوا : لا تكون الرجعة إلا بالقول فقط ، وبه قال الشافعي ؛ وقوم قالوا : تكون رجعتها بالوطء ، وهؤلاء انقسموا قسمين : فقال قوم : لا تصح الرجعة بالوطء إلا إذا نوى بذلك الرجعة ، لأن الفعل عنده يتنزل منزلة القول مع النية ، وهو قول مالك ؛ وأما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء إذا نوى بذلك الرجعة ودون النية ؛ فأما الشافعي فقامس الرجعة على النكاح وقال : قد أمر الله بالإشهاد ، ولا يكون الإشهاد إلا على القول . وأما سبب الاختلاف بين مالك وأبي حنيفة فإن أبا حنيفة يرى أن الرجعية محللة الوطء عنده قياسا على المولى منها وعلى المظاهرة ولأن الملك لم ينفصل عنده ، ولذلك كان التوارث بينهما ؛ وعند مالك أن وطء الرجعية حرام حتى يرتجعها ، فلا بد عنده من النية ، فهذا هو اختلافهم في شروط صحة الرجعة . واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج أن يطلع عليه من المطلقة الرجعية ما دامت في العدة ، فقال مالك : لا يخلو معها ولا يدخل عليها إلا بإذنها ولا ينظر إلى شعرها ، ولا بأس أن يأكل معها إذا كان معها غيرهما . وحكى ابن القاسم أنه رجع عن إباحة الأكل معها ؛ وقال أبو حنيفة : لا بأس أن تزين الرجعية لزوجها وتطيب له وتتشوف وتبدي البنان والكحل ، وبه قال الثوري وأبو يوسف والأوزاعي ، وكلهم قالوا : لا يدخل عليها إلا أن

تعلم بدخوله بقول أو حركة من تمنح أو خفي نعل . واختلفوا في هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طلقة رجعية وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة فتزوج إذا انقضت عدتها ، فذهب مالك إلى أنها للذي عقد عليها النكاح دخل بها أو لم يدخل ، هذا قوله في الموطأ ، وبه قال الأوزاعي والليث . وروى عنه ابن القاسم أنه رجع عن القول الأول ، وأنه قال : الأول أولى بها إلا أن يدخل الثاني ، وبالقول الأول قال المدنيون من أصحابه قالوا : ولم يرجع عنه لأنه أثبت في موطئه إلى يوم مات وهو يقرأ عليه ، وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك في الموطأ ، وأما الشافعي والكوفيون وأبو حنيفة وغيرهم فقالوا : زوجها الأول الذي ارتجعها أحق بها دخل بها الثاني أو لم يدخل ، وبه قال داود وأبو ثور ، وهو مروى عن علي وهو الأبين ؛ وقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال في هذه المسئلة : إن الزوج الذي ارتجعها بخير بين أن تكون امرأته أو أن يرجع عليها بما كان أصلهما ، وحجة مالك في الرواية الأولى ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة في الذي يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجها غيره أنه ليس له من أمرها شيء ولكنها لمن تزوجها ، وقد قيل إن هذا الحديث إنما يروى عن ابن شهاب فقط ، وحجة الفريق الأول أن العلماء قد أجمعوا على أن الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة ، بدليل أنهم قد أجمعوا على أن الأول أحق بها قبل أن تزوج ، وإذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثاني فاسداً ، فإن نكاح الغير لا تأثير له في إبطال الرجعة لا قبل الدخول ولا بعد الدخول ، وهو الأظهر إن شاء الله ، ويشهد لهذا ما أخرجه الترمذي عن سمرة بن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أَيْمًا امْرَأَةً تَزَوَّجَهَا اثْنَانِ فَهَبِي لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا ، وَمَنْ بَاعَ بَيْعًا مِنْ رَجُلَيْنِ فَهُوَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا » .

الباب الثاني في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن

والطلاق البائن ، إما بما دون الثلاث فذلك يقع في غير المدخول بها بلا خلاف ، وفي المختلة باختلاف ، وهل يتم أيضاً دون عوض ؟ فيه خلاف ،

وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح : أعنى في اشتراط الصداق والولى والرضا ، إلا أنه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور ؛ وشذ قوم فقالوا : المختلعة لا تزوجها زوجها في العدة ولا غيره ، وهؤلاء كأنهم رأوا منع النكاح في العدة عبادة . وأما البائدة بالثلاث ، فإن العلماء كلهم على أن المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها الأول إلا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموءل « أنه طلق امرأته تيممة بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير ، فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسه ففارقتها ، فأراد رفاعة زوجها الأول أن ينكحها ، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فهذه عن تزويجها وقال : لا تحلُّ لك حتى تدَّوَّقَ العُسْبَلَةَ » .

وشذ سعيد بن المسيب فقال : إنه جائز أن ترجع إلى زوجها الأول بنفس العقد لعموم قوله تعالى - حتى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ - والنكاح ينطلق على العقد ، وكلهم قال : التقاء الختانين يحلها ، إلا الحسن البصرى فقال : لا تحل إلا بوطء بإئزاز . وجهور العلماء على أن الوطء الذى يوجب الحلد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويخصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الختانين . وقال مالك وابن القاسم : لا يحل المطلقة إلا الوطء المباح الذى يكون فى العقد الصحيح فى غير صوم أو حج أو حيض أو اعتكاف ، ولا يحل الذميمة عندهما وطء زوج ذمى لمسلم ، ولا وطء من لم يكن بالغا ، وخالفهما فى ذلك كله الشافعى وأبو حنيفة والثورى والأوزاعى فقالوا : يحل الوطء وإن وقع فى عقد فاسد أو وقت غير مباح . وكذلك وطء المراهق عندهم يحل ، ويحل وطء الذمى الذميمة للمسلم ، وكذلك المحبون عندهم ، والخصم الذى يبقى له ما يغيبه فى فرج ، والخلاف فى هذا كله آيل إلى هل يتناول اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لا يتناوله ؟ واختلفوا من هذا الباب فى نكاح الخلل : أعنى إذا تزوجها على شرط أن يحللها لزوجها الأول ؛ فقال مالك : النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده ، والشرط فاسد لا تحل به ، ولا يعتبر فى ذلك عنده إرادة المرأة التحليل ، وإنما يعتبر عنده إرادة الرجل . وقال الشافعى وأبو حنيفة النكاح جائز ، ولا تؤثر النية فى ذلك ، وبه قال داود وجماعة وقالوا : هو محلل للزوج المطلق ثلاثا ؛ وقال بعضهم : النكاح جائز والشرط باطل : أى ليس

يحلها ، وهو قول ابن أبي ليلى ، وروى عن الثوري ؛ واستدل مالك وأصحابه بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث علي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي هريرة وعقبة بن عامر أنه قال صلى الله عليه وسلم « لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْكَلَّ وَالْمُحْكَلَّ لَهُ » فلعنه إياه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر ، وذلك يدل على النهي ، والنهي يدل على فساد المنهي عنه ، واسم النكاح الشرعي لا ينطلق على النكاح المنهي عنه . وأما الفريق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى - حتى تنكح زوجا غيره - وهذا ناكح ، وقالوا : وليس في تحريم قصد التحليل ما يدل على أن علمه شرط في صحة النكاح ، كما أنه ليس النهي عن الصلاة في الدار المغصوبة ، مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة مالك البقعة أو الإذن من مالكتها في ذلك ، قالوا : وإذا لم يدل النهي على فساد عقد النكاح فأحرى أن لا يدل على بطلان التحليل ، وإنما لم يعتبر مالك قصد المرأة لأنه إذا لم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدتها معنى مع أن الطلاق ليس بيدها . واختلفوا في هل يهدم الزوج ما دون الثلاث ؟ فقال أبو حنيفة يهدم ، وقال مالك والشافعي لا يهدم : أعني إذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الأول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الأول أم لا ؟ فن رأى أن هذا شيء يخص الثالثة بالشرع قال : لا يهدم ما دون الثالثة عنده ؛ ومن رأى أنه إذا هدم الثالثة فهو أحرى أن يهدم ما دونها قال : يهدم ما دون الثلاث ، والله أعلم .

(الجملة الرابعة) وهذه الجملة فيها بابان : الأول : في العدة . الثاني : في المتعة

الباب الأول في العدة

والنظر في هذا الباب في فصلين : الفصل الأول : في عدة الزوجات : الفصل الثاني : في عدة ملك اليمين .

الفصل الأول في عدة الزوجات

والنظر في عدة الزوجات ينقسم إلى نوعين : أحدهما في معرفة العدة : والثاني : في معرفة أحكام العدة :

(النوع الأول) وكل زوجة فهي إما حرة وإما أمة ، وكل واحدة من هاتين إذا طلقت فلا يخلو أن تكون مدخولا بها أو غير مدخول بها ، فأما غير المدخول بها فلا عدة عليها بإجماع لقوله تعالى - **فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا** - . وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض . وغير ذوات الحيض إما صغار وإما نائسات ، وذوات الحيض إما حوامل وإما جاريات على عادتهن في الحيض ، وإما مرتفعات الحيض ، وإما مستحاضات . والمرتفعات الحيض في سن الحيض إما مراتبات بالحمل : أى بحسب البطن ، وإما غير مراتبات . وغير المراتبات إما معروفات سبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض ، وإما غير معروفات . فأما ذوات الحيض الأحرار الجاريات في حيضهن على المعتاد فعدهن ثلاثة قروء ، والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن ، واليائسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ، ولا خلاف في هذا لأنه منصوص عليه في قوله تعالى - **وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ** - الآية ، وفي قوله تعالى - **وَاللَّائِي يَنْتَسِبْنَ مِنْ الْمُحْصِينَ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبَسْتُمْ** - الآية . واختلفوا من هذه الآية في الأقراء ما هي ؟ فقال قوم : هي الأطهار : أعني الأزمنة التي بين الدمين : وقال قوم : هي الدم نفسه ، ومن قال إن الأقراء هي الأطهار . أما من فقهاء الأمصار فالكشاف والشافعي وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة ، وأما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة ؛ ومن قال إن الأقراء هي الحيض أما من فقهاء الأمصار فأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى وجماعة ، وأما من الصحابة فعلى وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الأشعري . وحكى الأثرم عن أحمد أنه قال : الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون : الأقراء هي الحيض . وحكى أيضا عن الشعبي أنه قول أحد عشر أو اثني عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما أحمد بن حنبل فاختلقت الرواية عنه ، فروى عنه أنه كان يقول : إنها الأطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ، ثم توقفت الآن من أجل قول ابن مسعود وعلى هو أنها الحيض ، والفرق بين المذهبين هو أن من رأى أنها الأطهار رأى أنها إذا دخلت الرجعية عنده في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للأزواج ، ومن رأى

أنها الحيض لم تحل عنده حتى تنتفضي الحيضة الثالثة . وسبب الخلاف اشتراك اسم القراء ، فإنه يقال في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الأطهار ، وقد رام كلا الفريقين أن يدل على أن لسم القراء في الآية ظاهر في المعنى الذى يراه ، فالذين قالوا إنها الأطهار قالوا : إن هذا الجمع خاص بالقراء الذى هو الطهر ، وذلك أن القراء الذى هو الحيض يجمع على أقراء لاعلى قروء ، وحكوا ذلك عن ابن الأنبارى ، وأيضا فإنهم قالوا : إن الحيضة مؤنثة والطهر مذكر ، فلو كان القراء الذى يرا دبه الحيض لما ثبت في جمعه الماء ، لأن الماء لا تثبت في جمع المؤنث فيما دون العشرة ، وقالوا أيضا : إن الاشتقاق يدل على ذلك ، لأن القراء مشتق من قرأت الماء في الحوض : أى جمعته ، فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر ، فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الأول من ظاهر الآية . وأما ما تمسك به الفريق الثانى من ظاهر الآية فإنهم قالوا : إن قوله تعالى - ثلاثة قروء - ظاهر في تمام كل قراء منها ، لأنه ليس ينطلق اسم القراء على بعضه إلا تجوزا ، وإذا وصفت الأقراء بأنها هى الأطهار أمكن أن تكون العدة عندهم بقروءين وبعض قراء ، لأنها عندهم تعتد بالطهر الذى تطلق فيه وإن مضى أكثره وإذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة إلا تجوزا ، واسم الثلاثة ظاهر في كمال كل قراء منها ، وذلك لا يتفق إلا بأن تكون الأقراء هى الحيض لأن الإجماع منعقد على أنها إن طُلقَت في حيضة أنها لا تعتد بها ، ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القراء ، والذى رضىه الخلاق أن الآية مجملة في ذلك ، وأن الدليل ينبغى أن يطلب من جهة أخرى ؛ فن أقوى ما تمسك به من رأى أن الأقراء هى الأطهار حديث ابن عمر المتقدم ، وقوله صلى الله عليه وسلم « مَرَّةٌ فَلَسِيرٌ أَجَعْنَهَا حَتَّى تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهَرُ ثُمَّ تَحِيضُ ثُمَّ تَطْهَرُ ، ثُمَّ يَطْلُقُهَا إِنْ شَاءَ قَبْلَ أَنْ يَمْسَهَا ، فَتَسْلُكُ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يَطْلُقَ لَهَا النِّسَاءُ » قالوا : وإجماعهم على أن طلاق الستة لا يكون إلا في طهر لم تمس فيه ، وقوله عليه الصلاة والسلام « فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » تحليل واضح على أن العدة هى الأطهار لكى يكون الطلاق متصلا بالعدة . ويمكن أن يتأول قوله - فتلك العدة - أى فتلك مدة استقبال العدة اثنا يتبعض القراء بالطلاق في الحيض .

وأقوى ما تمسك به الفريق الثاني أن العدة إنما شرعت لبراءة الرحم ، وبراءتها إنما تكون بالحيض لا بالأطهار ، ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالأيام ، فالحيض هو سبب العدة بالأقراء ، فوجب أن تكون الأقراء هي الحيض واحتج من قال الأقراء هي الأطهار بأن المعتبر في براءة الرحم هو النقلة من الطهر إلى الحيض لا انقضاء الحيض ، فلا معنى لاعتبار الحيضة الأخيرة ، وإذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام : أعني المشرط هي الأطهار التي بين الحيضتين ، ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة ، ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى ، وحجتهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ، ولم يختلف القائلون أن العدة هي الأطهار أنها تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة . واختلف الذين قالوا إنما الحيض ، فقليل تنقضي بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة ، وبه قال الأوزاعي ؛ وقيل حين تغسل من الحيضة الثالثة ، وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلي وابن مسعود ، ومن الفقهاء الثوري وإسحاق ابن عبيد ؛ وقيل حتى يمضي وقت الصلاة التي طهرت في وقتها ؛ وقيل إن للزوج عليها الرجعة وإن فرغت في الغسل عشرين سنة ، حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة ، وهو أيضا شاذ ، فهذه هي حال الحائض التي تحيض . وأما التي تطلق فلا تحيض وهي في سن الحيض وليس هناك ريبه حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض ، فلمنها تنتظر عند مالك تسعة أشهر فإن لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة الأشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره ، فإن مر بها تسعة أشهر قبل أن تحيض الثانية اعتدت بثلاثة أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة أشهر من العام الثاني انتظرت الحيضة الثالثة ، فإن مر بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت بثلاثة أشهر ، فإن حاضت الثالثة في الثلاثة الأشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ، ولزوجه عليها الرجعة ما لم تحل . واختلف عن مالك متى تعتد بالدمعة أشهر ؟ فقليل من يوم طلقت ، وهو قوله في الموطأ ؛ وروى ابن القاسم عنه : من يوم رفعها حيضتها ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي والجمهور في التي ترتفع حيضتها وهي لا تياس منها في المستأنف : إنما تبقى أبدا تنتظر حتى تدخل في السن الذي تياس فيه من الحيض ، وحينئذ تعتد بالأشهر

ونحيض قبل ذلك ؛ وقول مالك مروى عن عمر بن الخطاب وابن عباس ،
 وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد ؛ وعمدة مالك من طريق المعنى هو أن
 المقصود بالعدة إنما هو ما يقع به براءة الرحم ظنا غالبا بدليل أنه قد تحيض
 الحامل ، وإذا كان ذلك كذلك فعدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل هي
 قاطعة على ذلك ، ثم تعد بثلاثة أشهر عدة اليائسة ، فإن حاضت قبل تمام السنة
 حكم لها بحكم ذوات الحيض ، واحتمت بذلك القراء ، ثم تنتظر القراء الثاني
 أو السنة إلى أن تمضي لها ثلاثة أقراء ؛ وأما الجمهور فصاروا إلى ظاهر قوله
 تعالى - واللاتي يئسن من الحيض من نساءكم إن ارتبتم فعلمتن ثلاثة أشهر -
 والتي هي من أهل الحيض ليست بيائسة ، وهذا الرأي فيه عسر وجرح ؛ ولو
 قيل إنها تعد بثلاثة أشهر لكان جيدا إذا فهم من اليائسة التي لا يقطع بانقطاع
 حيضها ، وكان قوله - إن ارتبتم - راجعا إلى الحكم لا إلى الحيض على ما تأوله
 مالك عليه ، فكان ما لكا لم يطابق مذهب تأويل الآية ، فإنه فهم من اليائسة هنا
 من تقطع على أنها ليست من أهل الحيض ، وهذا لا يكون إلا من قبل السن ،
 ولذلك جعل قوله - إن ارتبتم - راجعا إلى الحكم لا إلى الحيض : أى إن شككتم
 في حكمهن ، ثم قال في التي تبقى تسعة أشهر لا تحيض وهي في سن من تحيض
 إنما تعد بالأشهر ؛ وأما إسماعيل وابن بكير من أصحابه ، فلمذهبوا إلى أن الرية
 ههنا في الحيض ، وأن اليائس في كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يئس منه
 بالقطع ، فطابقوا تأويل الآية مذهبهم الذي هو مذهب مالك ، ونعم ما فعلوا
 لأنه إن فهم ههنا من اليائس القطع فقد يجب أن تنتظر الدم وتعد به حتى تكون
 في هذا السن : أعنى سن اليائس وإن من فهم من اليائس ما لا يقطع بذلك فقد
 يجب أن تعد التي انقطع دمها عن العادة وهي في سن من تحيض بالأشهر ، وهو
 قياس قول أهل الظاهر ، لأن اليائسة في الطرفين ليس هي عندهم من أهل العدة
 لا بالأقراء ولا بالشهور . وأما الفرق في ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها
 فاستحسن . وأما التي ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض ،
 فإن المشهور عند مالك أنها تنتظر الحيض قصر الزمان أم طال ؛ وقد قيل إن
 المريضة مثل التي ترتفع حيضتها لغير سبب . وأما المستحاضة فعلمتها عند مالك
 سنة إذا لم تميز بين الدمين ، فإن ميزت بين الدمين فعنه روايتان : إحداها

أن عدتها السنة . والأخرى أنها تعمل على التمييز فتعتمد بالأقراء ؛ وقال أبو حنيفة عدتها الأقراء إن تميزت لها وإن لم تتميز لها فثلاثة أشهر ؛ وقال الشافعي : عدتها بالتمييز إذا انفصل عنها الدم ، فيكون الأحمر القاني من الحيضة ، ويكون الأصفر من أيام الطهر ، فإن طبق عليها الدم اعتدت بعدد أيام حيضتها في صحتها وإنما ذهب مالك إلى بقاء السنة لأنه جعلها مثل التي لا تحيض وهي من أهل الحيض ؛ والشافعي إنما ذهب في العارفة أيامها أنها تعمل على معرفتها قياسا على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة « اتركي الصلاة أيام أقرأك » فإذا ذهب عنتك قد رها فاغسلي الدم » وإنما اعتبر التمييز من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حبيش « إذا كان دم الحيض فإنه دم أسود يعرف ، فإذا كان ذلك فامسكي عن الصلاة ، فإذا كان الآخر فتوضئي وصلي فإنما هو عرق » خرجه أبو داود ، وإنما ذهب من ذهب إلى عدتها بالشهور إذا اختلط عليها الدم ، لأنه معلوم في الأغلب أنها في كل شهر تحيض ، وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض وخفاؤه كارتفاعه . وأما المستربة : أعني التي تجد حسا في بطنها تظن به أنه حمل فإنها تمكث أكثر مدة الحمل ، وقد اختلف فيه فقيل في المذهب أربع سنين ، وقيل خمس سنين ؛ وقال أهل الظاهر : تسعة أشهر ، ولا خلاف أن انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن : أعني المطلقات لقوله تعالى - وأولات الأحمال أجلسهن أن يضعن حملهن - وأما الزوجات غير الحرائر فلهن ينقسمن أيضا بثلاث الأقسام بعينها ، أعني حيضا ويائسات ومستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات . فأما الحيض اللاتي يأتين حيضهن ، فالجمهور على أن عدتهن حيضتان ؛ وذهب داود وأهل الظاهر إلى أن عدتهن ثلاث حيض كالخرة ، وبه قال ابن سيرين . فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى - والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء - وهي ممن ينطلق عليها اسم المطلقة . واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه ، وذلك أنهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد ، أعني كونه متنصفا مع الرق ، وإنما جعلوها حيضتين لأن الحيضة الواحدة لا تتبع . وأما الأمة المطلقة اليائسة من الحيض أو الصغيرة فإن مالكا وأكثر أهل المدينة قالوا : عدتها ثلاثة أشهر ؛ وقال

الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأبو ثور وجماعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة الحرة ، وهو القياس إذا قلنا بتخصيص العموم ، فكأن مالكاً اضطرب قوله ، فرة أخذ بالعموم وذلك في البائسات ، ومرة أخذ بالقياس وذلك في ذوات الحيض ، والقياس في ذلك واحد . وأما التي ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول في الحرة والخلاف في ذلك ، وكذلك المستحاضة واتفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لأعدة عليها . واختلفوا فيمن راجع امرأته في العدة من الطلاق الرجعي ثم فارقها قبل أن يمسه هل تستأنف عدة أم لا ؟ فقال جمهور فقهاء الأمصار : تستأنف ؛ وقالت فرقة : تبقى في عدتها من طلاقها الأول وهو أحد قول الشافعي ؛ وقال داود : ليس عليها أن تم عدتها ولا عدة مستأنفة . وبالجملة فعند مالك أن كل رجعة تهدم العدة وإن لم يكن ميس ، ما خلا رجعة المولى : وقال الشافعي ؛ إذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الأولى ، وقول الشافعي أظهر ؛ وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحتها عنده على الإنفاق ؛ فإن أنفق صحّت الرجعة وهدمت العدة إن كان طلاقاً ، وإن لم ينفق بقيت على عدتها الأولى ، وإذا تزوجت ثانياً في العدة فعن مالك في ذلك روايتان : إحداهما تداخل العدتين . والأخرى نفية : فوجه الأولى اعتبار براءة الرحم ، لأن ذلك حاصل مع التداخل . ووجه الثانية كون العدة عبادة ، فوجب أن تتعدد بتعدد الوطء الذي له حرمة ، وإذا عتقت الأمة في عدة الطلاق مضت على عدة الأمة عند مالك ، ولم تنتقل إلى عدة الحرة ؛ وقال أبو حنيفة : تنتقل في الطلاق الرجعي دون البائن ؛ وقال الشافعي : تنتقل في الوجهين معاً . وسبب الخلاف هل العدة من أحكام الزوجية أم من أحكام انفصالها ؟ فن قال من أحكام الزوجية قال : لا تنتقل عليها ؛ ومن قال من أحكام انفصال الزوجية قال : تنتقل كما لو أعققت وهي زوجة ثم طلقت ؛ وأما من فرق بين البائن والرجعي فبئس ، وذلك أن الرجعي فيه شبه من أحكام العصمة ، ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق إذا مات وهي في عدة من طلاق رجعي ، وأنها تنتقل إلى عدة الموت ، فهذا هو القسم الأول من قسمي النظر في العدة .

(القسم الثاني) وأما النظر في أحكام العدد ، فإنهم اتفقوا على أن للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى ، وكذلك الحامل لقوله تعالى في الرجعيات - **أَسْكِنُوهُنَّ** من حيث سكنن من **وَجَدَكُمْ** - الآية ، وأقوله تعالى - **وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن** - . واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقته إذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال : أحدها أن لها السكنى والنفقة ، وهو قول الكوفيين . والقول الثاني أنه لا سكنى لها ولا نفقة ، وهو قول أحمد وداود وأبي ثور وإسحاق وجماعة . والثالث أن لها السكنى ولا نفقة لها ، وهو قول مالك والشافعي وجماعة . وسبب اختلافهم اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له ، فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روى في حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت « طلقني زوجي ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة » خرجه مسلم ، وفي بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « **إنما السكنى والنفقة لمن لزوجها عليهما الرجعة** » وهذا القول مروى عن علي وابن عباس وجابر ابن عبد الله . وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فلمهم احتجوا بما رواه مالك في موطنه من حديث فاطمة المذكورة ، وفيه « فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « **ليس لك عليهن نفقة** » وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها إسقاط السكنى ، فبقي على عمومته في قوله تعالى - **أَسْكِنُوهُنَّ** من حيث سكنن من **وَجَدَكُمْ** - وعلاوا أمره عليه الصلاة والسلام بأن تعتد في بيت ابن أم مكتوم بأنه كان في لسانها بلاء . وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا إلى وجوب السكنى لها بعموم قوله تعالى - **أَسْكِنُوهُنَّ** من حيث سكنن من **وَجَدَكُمْ** - وصاروا إلى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الإسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس الزوجية . وبالجملة فوجب السكنى في الشرع وجبت النفقة ، وروى عن عمر أنه قال في حديث فاطمة هذا : لاندع كتاب نبينا وسنته لقول امرأة ، يريد قوله تعالى - **أَسْكِنُوهُنَّ** من حيث سكنن من **وَجَدَكُمْ** - الآية . ولأن المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام أنه أوجب

النفقة حيث تجب السكنى ، فلذلك الأولى في هذه المسئلة إما أن يقال إن لها الأمرين جميعا مصيرا إلى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة ، وإما أن يخصص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور . وأما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فعسير ، ووجه عسره ضعف دليله . وينبغي أن تعلم أن المسلمين اتفقوا على أن العدة تكون في ثلاثة أشياء : في طلاق ، أو موت ، أو اختار الأمة نفسها إذا اعتقت . واختلفوا فيها في الفسوخ ، والجمهور على وجوبها . ولما كان الكلام في العدة يتعلق فيه أحكام عدة الموت رأينا أن نذكرها ههنا فنقول : إن المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشرا لقوله تعالى - يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا - . واختلفوا في عدة الحامل وفي عدة الأمة إذا لم تأت بها حيضتها في الأربعة الأشهر وعشر ماذا حكمها ؟ فذهب مالك إلى أن من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة واحدة في هذه المدة ، فإن لم تحض فهي عنده مستربة فتمكث مدة الحمل ؛ وقيل عنه إنها قد لا تحيض وقد لا تكون مستربة ، وذلك إذا كانت عادت في الحيض أكثر من مدة العدة ، وهذا إما غير موجود ، أعني من تكون عادت أن تحيض أكثر من أربعة أشهر إلى أكثر من أربعة أشهر ، وإما نادر . واختلف عنه فيمن هذه حالها من النساء إذا وجدت ، فقليل تنتظر حتى تحيض ؛ وروى عنه ابن القاسم تزوج إذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل ، وعلى هذا جمهور فقهاء الأمصار أبي حنيفة والشافعي والثوري .

(وأما المسئلة الثانية) وهي الحامل التي يتوفى عنها زوجها ، فقال الجمهور . وجميع فقهاء الأمصار : عدتها أن تضع حملها مصيرا إلى عموم قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - وإن كانت الآية في الطلاق وأخذنا أيضا بحديث أم سلمة أن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه « فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها : قَدْ حَمَلْتِ فَانْكَحِي مَنْ شِئْتِ » وروى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الأجلين ، يريد أنها تعتد بأبعد الأجلين ، إما الحمل ، وإما انقضاء العدة عدة الموت ، وروى مثل ذلك عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه ، والحجة لهم أن ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة . وأما الأمة المتوفى عنها من

محمل له ، فإنها لا تخلو أن تكون زوجة أو ملك يمين أو أم ولد أو غير أم ولد ،
 قأما الزوجة فقال الجمهور : إن عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على العدة ؛
 وقال أهل الظاهر : بل عدتها عدة الحرة ، وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيرا
 إلى التعميم . وأما أم الولد فقال مالك والشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة :
 عدتها حيضة ، وبه قال ابن عمر . وقال مالك : وإن كانت ممن لا تحيض
 اعتدت ثلاثة أشهر ، ولها السكنى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري :
 عدتها ثلاث حيض ، وهو قول علي وابن مسعود ؛ وقال قوم : عدتها نصف
 عدة الحرة المتوفى عنها زوجها ؛ وقال قوم : عدتها عدة الحرة أربعة أشهر
 وعشر ؛ وحجة مالك أنها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد
 ثلاث حيض ، فلم يبق إلا استبراء رحمها ، وذلك يكون بحیضة تشبها بالأمه
 يموت عنها سيدها ، وذلك ما لا خلاف فيه ؛ وحجة أبي حنيفة أن العدة إنما
 وجبت عليها وهي حرة وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ؛ ولا بأمة فتعتد
 عدة أمة ، فوجب أن تستبرئ رحمها بعدة الأحرار . وأما الذين أوجبوا لها عدة
 الوفاة فاحتجوا بالحديث روى عن عمرو بن العاص قال : لا تلبسوا علينا سنة
 نبينا ، عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها أربعة أشهر وعشر ، وضعف أحمد
 هذا الحديث ولم يأخذ به . وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة تشبها
 بالزوجة الأمة . فسبب الخلاف أنها مسكوت عنها ، وهي مترددة الشبه بين
 الأمة والحرة . وأما من شبهها بالزوجة الأمة فضعيف ، وأضعف منه من
 شبهها بعدة الحرة المطلقة ، وهو مذهب أبي حنيفة .

الباب الثاني في المتعة

والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطاوعة ؛ وقال قوم من أهل
 الظاهر : هي واجبة في كل مطلقة ؛ وقال قوم : هي مندوب إليها وليست
 واجبة وبه قال مالك . والذين قالوا بوجوبها في بعض المطلقات اختلفوا في ذلك ؛
 فقال أبو حنيفة : هي واجبة على من طلق قبل الدخول ، ولم يفرض لها صداقا
 مسمى ؛ وقال الشافعي . هي واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبله إلا
 التي سبى لها وطلقت قبل الدخول ، وعلى هذا جمهور العلماء . واحتج أبو حنيفة

باب في بعث الحكامين

اتفق العلماء على جواز بعث الحكّمين إذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت أحوالهما في التشاجر : أعني الحق من المبطل لقوله تعالى - وإن خِفْضُ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا - الآية ، وأجمعوا على أن الحكّمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين : أحدهما من قبل الزوج ، والآخر من قبل المرأة ، إلا أن لا يوجد في أهلها من يصلح لذلك فيرسل من غيرها ، وأجمعوا على أن الحكّمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما ؛ وأجمعوا على أن

قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين . واختلفوا في تفريق الحكمين بينهما إذا اتفقا على ذلك هل يحتاج إلى إذن من الزوج أو لا يحتاج إلى ذلك ؟ فقال مالك وأصحابه : يجوز قولهما في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما في ذلك ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما : ليس لهما أن يفرقا ، إلا أن يجعل الزوج إليهما التفريق . وحجة مالك ما رواه من ذلك عن علي بن أبي طالب أنه قال في الحكمين : إليهما الفرقة بين الزوجين . والجمع . وحجة الشافعي وأبي حنيفة أن الأصل أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج . واختلف أصحاب مالك في الحكمين يطلقان ثلاثا ، فقال ابن القاسم : تكون واحدة ، وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثا إن طلقاها ثلاثا . والأصل أن الطلاق بيد الرجل إلا أن يقوم دليل على غير ذلك . وقد احتج الشافعي وأبو حنيفة بما روى في حديث علي هذا أنه قال للحكمين : هل تدرين ما عليكما ؟ إن رأيتهما أن تجمعاهما جمعتهما ، وإن رأيتهما أن تفرقا فترقا ، فقالت المرأة رضيت بكتاب الله وبما فيه لي وعلي ، فقال الرجل : أما الفرقة فلا ، فقال علي : لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما أقرت به المرأة ، قال : فاعتبر في ذلك إذنه . ومالك يشبه الحكمين بالسلطان ، والسلطان يطلق بالضرر عند مالك إذا تبين .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الإيلاء

والأصل في هذا الباب قوله تعالى - لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ - والإيلاء : هو أن يحلف الرجل أن لا يطل زوجته إما مدة هي أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر أو بإطلاق على الاختلاف المذكور في ذلك فيما بعد . واختلف فقهاء الأمصار في الإيلاء في مواضع : فمنها ١ هل تطلق المرأة بانقضاء الأربعة الأشهر المضروبة بالنص للمولى ، أم إنما تطلق بأن يوقف بعد الأربعة الأشهر ؟ فأما فاء وإما طلق . ، ومنها هل الإيلاء يكون مكملًا ليمين ، أم بالإيمان المباعدة عن الشروع فقط ؟ . ومنها إن أسك عن الوطء

بغير يمين هل يكون موليا أم لا ؟ . ومنها هل المولى هو الذى قيد يمينه بئمه من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك ؟ أو المولى هو الذى لم يقيد يمينه بمدة أصلا ؟ . ومنها هل طلاق الإيلاء بائن أو رجعى ؟ . ومنها إن أبى الطلاق والنوى هل يطلق القاضى عليه أم لا ؟ . ومنها هل يتكرر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها من غير إيلاء حادث فى الزواج الثانى ؟ . ومنها هل من شرط رجعة المولى أن يطأها فى العدة أم لا ؟ . ومنها هل إيلاء العبد حكمه أن يكون مثل إيلاء الحر أم لا ؟ . ومنها هل إذا طلقها بعد انقضاء مدة الإيلاء تلزمها عدة أم لا ؟ . فهذه هى مسائل الخلاف المشهورة فى الإيلاء بين فقهاء الأمصار التى تنزل من هذا الباب منزلة الأصول ، ونحن نذكر خلافهم فى مسألة مسألة منها ، وعيون أدلتهم وأسباب خلافهم على ما قصدنا .

(المسئلة الأولى) أما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الأربعة الأشهر نفسهم أم لا تطلق وإنما الحكم أن يوقف فلما فاء وإما طلق ؟ فإن مالكا والشافعى وأحمد وأبا ثور وداود والليث ذهبوا إلى أنه يوقف بعد انقضاء الأربعة الأشهر ، فلما فاء وإما طلق ، وهو قول على وابن عمر ، وإن كان قد روى عنهما غير ذلك ، لكن الصحيح هو هذا ؛ وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثورى وبالجمل الكوفيون إلى أن الطلاق يقع بانقضاء الأربعة الأشهر إلا أن ينقض فيها ، وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين . وسبب الخلاف هل قوله تعالى - فإن فاءوا فإن الله عَزَمُوا رَحِيمٌ - أى فإن فاءوا قبل انقضاء الأربعة الأشهر أو بعدها ؟ فن فهم منه قبل انقضائها قال : يقع الطلاق ، ومعنى العزم عنده فى قوله تعالى - وإن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ - أن لا ينقض حتى تنقضى المدة فن فهم من اشتراط الفيتنة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال : معنى قوله - وإن عزموا الطلاق - أى باللفظ - فإن الله سميع عليم - . وللمالكية فى الآية أربعة أدلة : أحدها أنه جعل مدة التبرص حقا للزوج دون الزوجة ، فأشبهت مدة الأجل فى الديون المؤجلة . الدليل الثانى أن الله تعالى أضاف الطلاق إلى فعله . وعندهم ليس يقع من فعله إلا تجوزا : أعنى ليس ينسب إليه على مذهب الحنفية إلا مجوزا ، وليس يصار إلى المجاز عن الظاهر إلا بدليل الدليل الثالث قوله تعالى - وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم - قالوا : فهذا يقتضى وقوع الطلاق على

وجه يسمع ، وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة . الرابع أن الفاء في قوله تعالى - فإن فاعوا فإن الله غفور رحيم - ظاهرة في معنى التعقيب ، فدل ذلك على أن الفينة بعد المدة ، وربما شبهوا هذه المدة بمدة العتق . وأما أبو حنيفة فإنه اعتمد في ذلك تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية إذ كانت العدة إنما شرعت لئلا يقع منه ندم ، وبالجملة فشبها بالإيلاء بالطلاق الرجعى ، وشبها المدة بالعدة وهو شبه قوى ، وقد روى ذلك عن ابن عباس .

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم في اليمين التي يكون بها الإيلاء ، فإن مالكا قال : يقع الإيلاء بكل يمين ، وقال الشافعى : لا يقع إلا بالآيمان المباحة في الشرع وهى اليمين بالله أو بصفة من صفاته . فالك اعتمد العموم : أعنى عموم قوله تعالى - للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر - والشافعى يشبه الإيلاء بيمين الكفارة ، وذلك أن كلا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعى ، فوجب أن تكون اليمين التي ترتب عليها حكم الإيلاء هى اليمين التي يترتب عليها الحكم الذى هو الكفارة .

(المسئلة الثالثة) وأما لحوق حكم الإيلاء للزوج إذا ترك الوطء بغير يمين ، فإن الجمهور على أنه لا يلزمه حكم الإيلاء بغير يمين ، ومالك يلزمه وذلك إذا قصد الإضرار بترك الوطء ، وإن لم يحلف على ذلك ؛ فالجمهور اعتمدوا الظاهر ، ومالك اعتمد المعنى ، لأن الحكم إنما يلزمه باعتقاده ترك الوطء ، وسواء شد ذلك الاعتقاد بيمين أو بغير يمين ، لأن الضرر يوجد في الحالتين جميعا .

(المسئلة الرابعة) وأما اختلافهم في مدة الإيلاء ، فإن مالكا ومن قال بقوله يرى أن مدة الإيلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر إذ كان النوى عندهم إنما هو بعد الأربعة الأشهر ؛ وأما أبو حنيفة فإن مدة الإيلاء عنده هى الأربعة الأشهر فقط إذ كان النوى عنده إنما هو فيها ؛ وذهب الحسن وابن أبى ليلى إلى أنه إذا حلف وقتا مآ وإن كان أقل من أربعة أشهر كان موليا يضرب له الأجل إلى انقضاء الأربعة الأشهر من وقت اليمين . وروى عن ابن عباس أن المولى هو من حلف أن لا يصيب امرأته على التأبيد . والسبب في اختلافهم في المدة إطلاق الآية ، فاختلفهم في وقت النوى ، وفي صفة اليمين ومدته هو كون الآية عامة في هذه المعانى أو بمجملة ، وكذلك اختلافهم في صفة المولى والمولى

منها ونوع الطلاق على ما سيأتى بعد . وأما ما سوى ذلك فبسبب اختلافهم .
هو سبب السكوت عنها ، وهذه هى أركان الإيلاء : أعنى معرفة نوع النمين
ووقت النىء والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق الواقع فيه .

(المسئلة الخامسة) فأما الطلاق الذى يقع بالإيلاء فعند مالك والشافعى أنه
رجعى ، لأن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع أنه يحمل على أنه رجعى إلى
أن يدل الدليل على أنه بائن ؛ وقال أبو حنيفة وأبو ثور : هو بائن ، وذلك أنه
إن كان رجعياً لم يزل الضرر عنها بذلك لأنه يجبرها على الرجعة . فسبب
الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالإيلاء للأصل المعروف فى الطلاق ،
فن غلب الأصل قال : رجعى ، ومن غلب المصلحة قال : بائن .

(المسئلة السادسة) وأما هل يطلق القاضى إذا أتى النىء أو الطلاق أو يحبس
حتى يطلق ، فإن مالكا قال : يطلق القاضى عليه ؛ وقال أهل الظاهر :
يحبس حتى يطلقها بنفسه . وسبب الخلاف معارضة الأصل المعروف فى الطلاق
للمصلحة ؛ فن راعى الأصل المعروف فى الطلاق قال : لا يقع طلاق إلا من
الزوج ؛ ومن راعى الضرر الداخلى من ذلك على النساء قال : يطلق السلطان
وهو نظر إلى المصلحة العامة ، وهذا هو الذى يعرف بالقياس المرسل والمنقول
عن مالك العمل به ، وكثير من الفقهاء يأبى ذلك .

(المسئلة السابعة) وأما هل يتكرر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها ؟ فإن مالكا
يقول : إذا راجعها فلم يطأها تكرر الإيلاء عليه ، وهذا عنده فى الطلاق الرجعى
والبائن . وقال أبو حنيفة : الطلاق البائن يسقط الإيلاء وهو أخذ قولى الشافعى ،
وهذا القول هو الذى اختاره المزنى وجماعة العلماء على أن الإيلاء لا يتكرر ؛
بعد الطلاق إلا بإعادة النمين . والسبب فى اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر
شرط الإيلاء ، وذلك أنه لا إيلاء فى الشرع إلا حيث يكون يمين فى ذلك النكاح
بنفسه لا فى نكاح آخر ، ولكن إن راعينا هذا وجد الضرر المقصود إزالته
بحكم الإيلاء ، ولذلك رأى مالك أنه يحكم بحكم الإيلاء بغير يمين إذا وجد
معنى الإيلاء .

(المسئلة الثامنة) وأما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها ؟
فإن الجمهور على أن العدة تلزمها ؛ وقال جابر بن زيد : لا تلزمها عدة إذا

كانت قد حاضرت في مدة الأربعة الأشهر ثلاث حيض ، وقال بقوله طائفة : وهو مروي عن ابن عباس . وحجته أن العدة إنما وضعت لبراءة الرحم ، وهذه قد حصلت لها البراءة . وحجة الجمهور أنها مطلقة فوجب أن تمتد كسائر المطلقات . وسبب الخلاف أن العدة جمعت عبادة ومصلحة ؛ فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ، ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة . (المسئلة التاسعة) وأما إيلاء العبد ، فإن مالكا قال : إيلاء العبد شهران على النصف من إيلاء الحر ، قياسا على حدوده وطلاقه ؛ وقال الشافعي وأهل الظاهر : إيلاءه مثل إيلاء الحر أربعة أشهر تمسكا بالعفوم ، والظاهر أن تعلق الأيمان بالحر والعبد سواء ، والإيلاء يمين ، وقياسا أيضا على مدة العين ؛ وقال أبو حنيفة : النقص الداخل على الإيلاء معتبر بالنساء لابل الرجال كالعدة ، فإن كانت المرأة حرة كان الإيلاء إيلاء الحر وإن كان الزوج عبدا ، وإن كانت أمة فعلى النصف ؛ وقياس الإيلاء على الخد غير جيد ، وذلك أن العبد إنما كان حده أقل من حد الحر ، لأن الفاحشة منه أقل قبحا ، ومن الحر أعظم قبحا ، ومدة الإيلاء إنما ضربت جمعا بين التوسعة على الزوج وبين إزالة الضرر عن الزوجة ، فإذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأنبى للضرر عن الزوجة ، والحر أحق بالتوسعة ونفى الضرر عنه ، فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الإيلاء إلا إذا كان الزوج عبدا والزوجة حرة فقط ، وهذا لم يقل به أحد ، فالواجب التسوية . والذين قالوا بتأثير الرق في مدة الإيلاء اختلفوا في زوال الرق بعد الإيلاء ، هل ينتقل إلى إيلاء الأحرار أم لا ؟ فقال مالك : لا ينتقل من إيلاء العبد إلى إيلاء الأحرار ؛ وقال أبو حنيفة : ينتقل ؛ فعنده أن الأمة إذا عتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت إلى إيلاء الأحرار ؛ وقال ابن القاسم : الصغيرة التي لا يجمع مثلها لإيلاء عليها ، فإن وقع وتماذى حسبت الأربعة الأشهر من يوم بلغت ، وإنما قال ذلك لأنه لا ضرر عليها في ترك الجماع ؛ وقال أيضا : لا إيلاء على نخصي ولا على من لا يقدر على الجماع .

(المسئلة العاشرة) وأما هل من شرط رجعة المولى أن يطأ في العدة أم لا ؟ فإن الجمهور ذهبوا إلى أن ذلك ليس من شرطها ؛ وأما مالك فإنه قال : إذا لم يطأ فيها من غير عذر مريض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى

على حدتها ، ولا سبيل له إليها إذا انقضت العدة . وحجة الجمهور أنه لا يخلو أن يكون الإيلاء يعود برجته إليها في العدة أو لا يعود ، فإن عاد لم يعتبر واستؤنف الإيلاء من وقت الرجعة ؛ أغنى تحسب مدة الإيلاء من وقت الرجعة ، وإن لم يعد إيلاء لم يعتبر أصلاً إلا على مذهب من يرى أن الإيلاء يكون بغير يمين ، وكيفما كان فلا بد من اعتبار الأربعة الأشهر من وقت الرجعة ؛ وأما مالك فإنه قال : كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر ، فإن صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر ، وأصله المعسر بالنفقة إذا طلق عليه ثم ارتجع ، فإن رجعته تعتبر صحتها بيساره . فسبب الخلاف قياس الشبه ، وذلك أن من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجديد الإيلاء ، ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال : يبقى على الأصل .

كتاب الظهار

والأصل في الظهار الكتاب والسنة . فأما الكتاب فقوله تعالى - وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيزُ رَقَبَةٍ - الآية . وأما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت « ظاهر مني زوجي أويس ابن الصامت ، فجنّت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو إليه ، ورسول الله يجادلني فيه ويقول : اتقى الله فإنه ابن عمك ، فخرجت حتى أنزل الله - قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ سَخَاوَرَكُمَا - الآيات ، فقال : لِيَعْنِيَنَّ رَقَبَةً ، قالت : لا يجد ، قال : فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ، قالت : يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام ، قال : فَلْيُطْعَمْ سِتِّينَ مِسْكِينًا ، قالت : ما عنده من شيء يتصدق به ، قال : فَلْيُنِ سَاعِيْنَهُ بِعَرَقٍ مِّنْ تَمْرٍ ، قالت : وأنا أعينه بعرق آخر ، قال : لَتَقْدَرِ أَحْسَنْتَ إِذْ هِيَ فَطَاعِمِي عَشْرَةَ سِتِّينَ مِسْكِينًا » أخرجه أبو داود . وحديث سلمة بن صخر البياضي عن النبي صلى الله عليه وسلم .

والكلام في أصول الظهار ينحصر في سبعة فصول : منها في ألفاظ الظهار .

ومنها في شروط وجوب الكفارة فيه : ومنها فيمن يصح فيه الظهار . ومنها فيها يحرم على المظاهر . ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح ؟ . ومنها هل يدخل الإيلاء عليه ؟ . ومنها القول في أحكام كفارة الظهار .

الفصل الأول في ألفاظ الظهار

واتفق الفقهاء على أن الرجل إذا قال لزوجته : أنت عليّ كظهر أمي أنه ظهار ، واختلفوا إذا ذكر عضوا غير الظهر ، أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأبيد غير الأم ، فقال مالك : هو ظهار ؛ وقال جماعة من العلماء : لا يكون ظهارا إلا بلفظ الظهر والأم . وقال أبو حنيفة : يكون بكل عضو يحرم النظر إليه . وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر ، وذلك أن معنى التحريم تستوى فيه الأم وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الأعضاء : وأما الظاهر من الشرع ، فإنه يقتضى أن لا يسمى ظهارا إلا ما ذكر فيه لفظ الظهر والأم . وأما إذا قال : هي عليّ كأمي ولم يذكر الظهر ، فقال أبو حنيفة والشافعي : ينوى في ذلك لأنه قد يريد بذلك الإجلال لها وعظم منزلتها عنده ؛ وقال مالك : هو ظهار . وأما من شبه زوجته بأجنبية لا تحرم عليه على التأبيد ، فإنه ظهار عند مالك ، وعند ابن الماجشون ليس بظهار ، وسبب الخلاف هل تشبيهه الزوجة بمحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم ؟ .

الفصل الثاني في شروط وجوب الكفارة فيه

وأما شروط وجوب الكفارة ، فإن الجمهور على أنها لا تجب دون العود ، وشد مجاهد وطاوس فقالا : لا تجب دون العود ، ودليل الجمهور قوله تعالى - والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة - وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود ، وأيضا فن طريق القياس ، فإن الظهار يشبه الكفارة في اليمين ، فكما أن الكفارة إنما تلزم بالخالف أو بإرادة المخالفة ، كذلك الأمر في الظهار . وحجة مجاهد وطاوس أنه معنى يوجب الكفارة العلية فوجب أن يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل والفطر ؛ وأيضا

قالوا: إنه كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة، وهو معنى قوله تعالى - م
يعودون لما قالوا - والعود عندهم هو العود في الإسلام . فأما القائلون باشتراط
العود في إيجاب الكفارة ، فإنهم اختلفوا فيه ما هو ؟ فعن مالك في ذلك ثلاث
روايات : إحداهن أن العود هو أن يعزم على إمساكها والوطء معا . والثانية
أن يعزم على وطئها فقط ، وهي الرواية الصحيحة المشهورة عن أصحابه ، وبه
قال أبو حنيفة وأحمد . والرواية الثالثة أن العود هو نفس الوطء ، وهي أضعف
الروايات عند أصحابه . وقال الشافعي : العود هو الإمساك نفسه ، قال : ومن
مضى له زمان يمكنه أن يطلق فيه ولم يطلق ثبت أنه عائد ولزمته الكفارة ، لأن
إقامته زمانا يمكن أن يطلق فيه من غير أن يطلق يقوم مقام إرادة الإمساك منه ،
أو هو دليل ذلك . وقال داود وأهل الظاهر : العود هو أن يكرر لفظ الظهار
ثانية ، ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه ، فدليل الرواية المشهورة
لمالك ينبنى على أصليين : أحدهما أن المفهوم من الظهار هو أن الوجوب الكفارة
فيه إنما يكون بإرادته العود إلى ما حرم على نفسه بالظهار وهو الوطء ، وإذا
كان ذلك كذلك وجب أن تكون العودة هي إما الوطء نفسه ، وإما العزم
عليه وإرادته . والأصل الثاني ليس يمكن أن يكون العود نفسه هو وطء لقوله
تعالى في الآية - فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّنْ قَبْلُ أَنْ يَتِمَّاسًا - ولذلك كان الوطء
محرمًا حتى يكفر . قالوا : ولو كان العود نفسه هو الإمساك لكان الظهار نفسه
يحرم الإمساك فكان الظهار يكون طلاقا . وبالجمله فالمراد عليه عندهم في هذه
المسئلة هو الطريق الذي يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم ، وذلك أن معنى
العود لا يخلو أن يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود أو الوطء نفسه أو الإمساك
نفسه أو إرادة الوطء ، ولا يكون تكرار اللفظ ، لأن ذلك تأكيد والتأكيد
لا يوجب الكفارة ولا يكون إرادة الإمساك للوطء ، فإن الإمساك موجود
بعد ، فقد بقي أن يكون إرادة الوطء ، وإن كان إرادة الإمساك للوطء فقد
أراد الوطء ، فثبت أن العود هو الوطء . ومعتمد الشافعية في إجرائهم إرادة
الإمساك ، أو الإمساك مجرى إرادة الوطء أن الإمساك يلزم عنه الوطء فجعلوا
لازم الشيء مشبهًا بالشيء ، وجعلوا حكمهما واحدا ، وهو قريب من الرواية
الغاية ، ، ما استدلت الشافعية على أن إرادة الإمساك هو السبب في وجوب

الكفارة أن الكفارة ترتفع بارتفاع الإمساك ، وذلك إذا طلق أثر الظهار .
ولهذا احتاط مالك في الرواية الثانية ، فجعل العود هو لإرادة الأمرين جميعاً :
أعني الوطء والإمساك ؛ وإما أن يكون العود الوطء وضعيف ومخالف للنص ،
والمعتمد فيها تشبيه الظهار باليمين : أى كما أن كفارة اليمين إنما تجب بالحنث
كذلك الأمر ههنا ، وهو قياس شبه عارضه النص . وأما داود فإنه تعلق
بظاهر اللفظ في قوله تعالى - ثم يعودون لما قالوا - وذلك يقتضى الرجوع إلى
القول نفسه . وعند أبى حنيفة أنه العود في الإسلام إلى ما تقدم من ظهارهم
في الجاهلية : وعند مالك والشافعى أن المعنى في الآية : ثم يعودون فيما قالوا .
وسبب الخلاف بالجملة إنما هو مخالفة الظاهر للمفهوم ؛ فن اعتمد المفهوم
جعل العودة لإرادة الوطء أو الإمساك ، وتأول معنى اللام في قوله تعالى - ثم
يعودون لما قالوا - بمعنى الفاء ؛ وأما من اعتمد الظاهر فإنه جعل العودة تكرير
اللفظ ، وأن العودة الثانية إنما هى ثانية للأولى التى كانت منهم في الجاهلية .
ومن تأول أحد هذين ، فالأشبه له أن يعتقد أن بنفس الظهار تجب الكفارة
كما اعتقد ذلك مجاهد ، إلا أن يقدر في الآية محذوفاً وهو إرادة الإمساك ، فهنا
إذاً ثلاثة مذاهب : إما أن تكون العودة هى تكرار اللفظ ، وإما أن تكون
إرادة الإمساك ، وإما أن تكون العودة التى هى في الإسلام ، وهذان ينقسمان
قسمين : أعنى الأول والثالث . أحدهما أن يقدر في الآية محذوفاً ، وهو إرادة
الإمساك فيشترط هذه الإرادة في وجوب الكفارة ، وإما ألا يقدر فيها محذوفاً
فتجب الكفارة بنفس الظهار . واختلفوا من هذا الباب في فروع وهو : هل
إذا طلق قبل إرادة الإمساك أو ماتت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا ؟
فجمهور العلماء على أن لا كفارة عليه إلا أن يطلق بعد إرادة العودة أو بعد
الإمساك بزمان طويل على ما يراه الشافعى . وحكى عن عثمان البتى أن عليه
الكفارة بعد الطلاق ، وأنها إذا ماتت قبل إرادة العودة لم يكن له سبيل إلى
ميراثها إلا بعد الكفارة ، وهذا شذوذ مخالف للنص ، والله أعلم .

الفصل الثالث فيمن يصح فيه الظهار

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التى في العصمة ، واختلفوا في الظهار
من الأمة ومن التى في غير العصمة ، وكذلك اختلفوا في ظهار المرأة من الرجل .

فأما الظهار من الأمة فقال مالك والثوري وجماعة : الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة ، وكذلك المدبرة وأم الولد ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور : لاظهار من أمة ؛ وقال الأوزاعي : إن كان يظاً أمته فهو منها مظاهر ، وإن لم يظاًها فهي يمين وفيها كفارة يمين ؛ وقال عطاء : هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة . فدليل من أوقع ظهار الأمة عموم قوله تعالى - والذين يظاهرون من نسائهم - والإماء من النساء . وحجة من لم يجعله ظهاراً أنهم قد أجمعوا أن النساء في قوله تعالى - للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر - هن ذوات الأزواج ، فكذلك اسم النساء في آية الظهار ، فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم : أعني تشبيه الظهار بالإيلاء وعموم لفظ النساء ، أعني أن عموم اللفظ يقتضي دخول الإماء في الظهار وتشبيهه بالإيلاء يقتضي خروجهن من الظهار . وأما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها في العصمة أم لا ؟ فذهب مالك أن ذلك ليس من شرطه ، وأن من عين امرأة مآ بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهراً منها ، وكذلك إن لم يعين وقال كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي ، وذلك بخلاف الطلاق ويقول مالك في الظهار قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي ؛ وقال قائلون : لا يلزم الظهار إلا فيما يملك الرجل ، ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور وداود ؛ وفرق قوم فقالوا : إن أطلق لم يلزمه ظهار وهو أن يقول : كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي ، فإن قيد لزمه وهو أن يقول : إن تزوجت فلانة أو سمي قرية أو قبيلة ، وقائل هذا القول هو ابن أبي ليلى والحنبل بن حبي . ودليل الفريق الأول قوله تعالى - أوفوا بالعقود - ولأنه عقد على شرط الملك فأشبه إذا ملك ، والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر . وأما حجة الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا طلاق إلا فيا يملكُ ولا عتق إلا فيا يملكُ » ، ولا يبيع إلا فيا يملكُ ، ولا وفاء بئذٍ إلا فيا يملكُ » أخرجه أبو داود والترمذي والظاهر شبهه بالطلاق ، وهو قول ابن عباس . وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين ، فإنهم رأوا أن التعميم في الظهار من باب الحرج ، وقد قال الله

تعالى - وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ - . واختلفوا أيضا من هذا الباب في هل تظاهر المرأة من الرجل ؟ فعن العلماء في ثلاثة أقوال : أشهرها أنه لا يكون منها ظهار ، وهو قول مالك والشافعي . والثاني أن عليها كفارة يمين . والثالث أن عليها كفارة الظهار . ومعتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ، ومن ألزم المرأة الظهار فتشبيها للظهار باليمين ؛ ومن فرق فلأنه رأى أن أقل اللازم لها في ذلك المعنى هو كفارة يمين وهو ضعيف . وسبب الخلاف تعارض الأشباه في هذا المعنى .

الفصل الرابع فيما يحرم على المظاهر

واتفقوا على أن المظاهر يحرم عليه الوطء ، واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظر اللذة ، فذهب مالك إلى أنه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ما عدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه إنما كره النظر للفرج فقط ؛ وقال الشافعي : إنما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط المجمع عليه لاما عدا ذلك ، وبه قال الثوري وأحمد وجماعة . ودليل مالك قوله تعالى - من قبل أن يتماسا - وظاهر لفظ التماس يقتضي المباشرة فما فوقها ، ولأنه أيضا لفظ حرمت به عليه فأشبهه لفظ الطلاق ، ودليل قول الشافعي أن المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل إجماعهم على أن الوطء محرم عليه ، وإذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع ، لأنها إما أن تدل على ما فوق الجماع ، وإما أن تدل على الجماع ، وهي الدلالة المجازية ، لكن قد اتفقوا على أنها دالة على الجماع فانتفت الدلالة المجازية ، إذ لا يدل لفظ واحد داليتين حقيقة ومجازا . قلت : الذين يرون أن اللفظ المشترك له عموم لا يبعد أن يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعا : أعنى الحقيقة والمجاز ، وإن كان لم تجر به عادة للعرب ، ولذلك القول به في غاية من الضعف ، ولو علم أن للشرع فيه تصرفا لجاز ، وأيضا فإن الظهار مشبه عندهم بالإيلاء ، فوجب أن يختص عندهم بالفرج .

الفصل الخامس هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح

وأما تكرر الظهار بعد الطلاق : أعنى إذا طلقها بعد الظهار قبل أن يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليها الظهار فلا يحل له الميسس حتى يكفر فيه خلاف . قال مالك : إن طلقها دون الثلاث ثم راجعها في العدة أو بعدها فعليه الكفارة ، وقال الشافعى : إن راجعها في العدة فعليه الكفارة ، وإن راجعها في غير العدة فلا كفارة عليه ؛ وعنه قول آخر مثل قول مالك . وقال محمد بن الحسن : الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث أو بعد واحدة ، وهذه المسئلة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم يراجع هل تبقى تلك اليمين عليه أم لا ؟ . وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها ، أو لا يهدمها ؟ فمنهم من رأى أن البائن الذى هو الثلاث يهدم ، وأن ما دون الثلاث لا يهدم ؛ ومنهم من رأى أن الطلاق كله غير هادم ، وأحسب أن من الظاهرية من يرى أنه كله هادم .

الفصل السادس فى دخول الإيلاء عليه

وأما هل يدخل الإيلاء على الظهار إذا كان مضارا ، وذلك بأن لا يكفر مع قدرته على الكفارة ؟ فإن فيه أيضا اختلافا ، فأبو حنيفة والشافعى يقولان : لا يتدخل الحكم لأن حكم الظهار خلاف حكم الإيلاء ، وسواء كان عندهم مضارا أو لم يكن ، وبه قال الأوزاعى وأحمد وجماعة . وقال مالك : يدخل الإيلاء على الظهار بشرط أن يكون مضارا . وقال اشورى : يدخل الإيلاء على الظهار ، وتبين منه بانقضاء الأربعة الأشهر من غير اعتبار المضارة ، ففيه ثلاثة أقوال : قول إنه يدخل بإطلاق ، وقول إنه لا يدخل بإطلاق ، وقول إنه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها . وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر ؛ فمن اعتبر الظاهر قال : لا يتدخلان ؛ ومن اعتبر المعنى قال : يتدخلان إذا كان القصد الضرر .

الفصل السابع في أحكام كفارة الظهار

والنظر في كفارة الظهار في أشياء منها في عدد أنواع الكفارة وترتيبها ،
 وشروط نوع منها : أعنى الشروط المصححة ، ومتى تجب كفارة واحدة ؟
 ومتى تجب أكثر من واحدة . فأما أنواعها فلأنهم أجمعوا على أنها ثلاثة أنواع ؛
 إعتاق رقبة : أو صيام شهرين ، أو إطعام ستين مسكينا ، وأنها على الترتيب .
 فالإعتاق أولا ، فإن لم يكن فالصيام ، فإن لم يكن فالإطعام ، هذا في الحر .
 واختلفوا في العبد يكفر بالعتق أو بالإطعام بعد اتفاقهم أن الذي يبدأ به
 الصيام أعنى إذا عجز عن الصيام ، فأجاز للعبد العتق إن أذن له سيده أبو ثور
 وداود وأبى ذلك سائر العلماء . وأما الإطعام فأبنازه له مالك إن أطعم بإذن
 سيده ، ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي ، ومبنى الخلاف في هذه المسئلة هل
 يملك العبد أولا يملك ؟ . وأما اختلافهم في الشروط المصححة : فمنها اختلافهم
 إذا وطئ في صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا ؟ فقال مالك
 وأبو حنيفة : يستأنف الصيام ، إلا أن أبا حنيفة شرط في ذلك العمد ، ولم يفرق
 مالك بين العمد في ذلك والنسيان ؛ وقال الشافعي : لا يستأنف على حال ،
 وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والشرط الذي ورد في كفارة
 الظهار : أعنى أن تكون قبل المسيس ؛ فمن اعتبر هذا الشرط قال : يستأنف
 الصوم ؛ ومن شبهه بكفارة اليمين قال : لا يستأنف ، لأن الكفارة في اليمين
 ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق . ومنها هل من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة
 أم لا ؟ فذهب مالك والشافعي إلى أن ذلك شرط في الإجزاء ؛ وقال أبو حنيفة :
 يجزى في ذلك رقبة الكافر ، ولا يجزى عندهم إعتاق الوثنية والمرتدة . دليل
 الفريق الأول أنه إعتاق على وجه القرية فوجب أن تكون مسلمة أصله الإعتاق
 في كفارة القتل ؛ وربما قالوا إن هذا ليس من باب القيلاس ، وإنما هو من باب
 حمل المطلق على المقيّد ، وذلك أنه قيد الرقبة بالإيمان في كفارة القتل وأطلقها
 في كفارة الظهار فيجب صرف المطلق إلى المقيّد ، وهذا النوع من حمل المطلق
 على المقيّد فيه خلاف ، والحنفية لا يميزونه ، وذلك أن الأسباب في القضيتين
 مختلفة : وأما حجة أبي حنيفة فهو ظاهر العموم ، ولا معارضة عنده بين

المطلق والمقيد ، فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه . ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة أن تكون سالمة من العيوب أم لا ؟ ثم إن كانت سليمة فن أي العيوب تشتط سلامتها ؟ فالذى عليه الجمهور أن للعيوب تأثيراً في منع إجزاء العتق ؛ وذهب قوم إلى أنه ليس لها تأثير في ذلك . وحجة الجمهور تشبيهها بالأصاحي والهاديا لكون القرية تجمعها . وحجة الفريق الثاني إطلاق اللفظ في الآية . فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه . والذين قالوا إن للعيوب تأثيراً في منع الإجزاء اختلفوا في عيب عيب مما يعتبر في الإجزاء أو عدمه . أما العمى وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم في أنه مانع للإجزاء ، واختلفوا فيما دون ذلك ؛ فنها هل يجوز قطع اليد الواحدة ؟ أجازه أبو حنيفة ، ومنعه مالك والشافعي . وأما الأعور فقال مالك : لا يجوز ، وقال عبد الملك : يجوز . وأما قطع الأذنين فقال مالك : لا يجوز ، وقال أصحاب الشافعي : يجوز . وأما الأصم فاختلف فيه في مذهب مالك ، فقيل يجوز ، وقيل لا يجوز . وأما الأخرس فلا يجوز عند مالك ، وعن الشافعي في ذلك قولان . أما المجنون فلا يجوز . أما الخصى فقال ابن القاسم : لا يعجنى الخصى ، وقال غيره : لا يجوز ، وقال الشافعي : يجوز . وإعتاق الصغير جائز في قول عامة فقهاء الأمصار ، وحكى عن بعض المتقدمين منعه . والعرج الخفيف في المذهب يجوز ، أما البين العرج فلا . والسبب في اختلافهم اختلافهم في قدر النقص المؤثر في القرية ، وليس له أصل في الشرع إلا الضحايا . وكذلك لا يجوز في المذهب ما فيه شركة أو طرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى - فتحرير رقبة - . والتحرير هو إبداء الإعتاق ، وإذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجزاً لإعتاقاً ، وكذلك الشركة لأنه بعض الرقبة ليس برقبة . وقال أبو حنيفة : إن كان المكاتب أدى شيئاً من مال الكتابة لم يجز ، وإن كان لم يؤد جاز . واختلفوا هل يجزيه عتق مدبره ؟ فقال مالك : لا يجزيه تشبيهاً بالكتابة لأنه عقد ليس له حله ؛ وقال الشافعي : يجزيه ؛ ولا يجوز عند مالك عتاق أم ولده ولا المعتق إلى أجل مسمى . أما عتق أم الولد فلأن عقدها أكد من عقد الكتابة والتدبير ، بدليل أنها قد يطرأ عليهما الفسخ . أما في الكتابة فن العجز عن أداء النجوم . وأما في التدبير فإذا ضاق عنه الثلث . وأما العتق

إلى أجل فإنه عقد عتق لاسبيل إلى حله . واختلف مالك والشافعي مع أبي حنيفة في أجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب ، فقال مالك والشافعي : لا يجوز عنه وقال أبو حنيفة : إذا نوى به عتقه عن ظهار أجزأ . فأبو حنيفة شبهه بالرقبة التي لا يجب عتقها ، وذلك أن كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها وبذلك القيمة فيها على وجه العتق ، فإذا نوى بذلك التكفير جاز ؛ والمالكية والشافعية رأيت أنه إذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد إلى إعنتاقه فلا يجوز به ، فأبو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق ، وهؤلاء قالوا : لا بد أن يكون قاصدا للعتق نفسه ، فكلاما يسمى معتقا باختياره ، ولكن أحدهما معتق بالاختيار الأول ، والآخر معتق بلازم الاختيار ، فكأنه معتق على القصد الثاني ومشتري على القصد الأول ، والآخر بالعكس . واختلف مالك والشافعي فيمن أعتق نصفي عبدين ، فقال مالك : لا يجوز ذلك ، وقال الشافعي : يجوز لأنه في معنى الواحد ، ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ ، فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة . وأما شروط الإطعام فإنهم اختلفوا من ذلك في القدر الذي يجوز لمسكين مسكين من الستين مسكينا الذين وقع عليهم النص ، فمن مالك في ذلك روايتان أشهرهما أن ذلك مدّ بعد هبام لكل واحد ، وذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم ، وقد قيل هو أقل ، وقد قيل هو مد وثلاث . وأما الرواية الثانية فمد لكل مسكين بمد النبي صلى الله عليه وسلم ، وبه قال الشافعي . فوجه الرواية الأولى اعتبار الشبع بحالها : أعني الغداء والعشاء ، ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة اليمين ، فهذا هو اختلافهم في شروط الصحة في الواجبات في هذه الكفارة . وأما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع اتحادها ، فهذا إذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يجوز في ذلك كفارة واحدة ، أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة ؟ فعند مالك أنه يجوز في ذلك كفارة واحدة ، وعند الشافعي وأبي حنيفة أن فيها من الكفارات يعدد المظاهر منهن إن اثنتين فاثنتين ، وإن ثلاثا فثلاثا ، وإن أكثر فأكثر ، فمن شبهه بالطلاق أوجب في كل واحدة كفارة ؛ ومن شبهه بالإيلاء أوجب فيه كفارة واحدة ، وهو بالإيلاء أشبه . ومنها إذا ظاهر من أمراته في مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة ، أو على عدد المواضع التي ظاهر

فيها ؟ فقال مالك : ليس عليه إلا كفارة واحدة ، إلا أن يظهر ثم يكفر ثم يظهر فعليه كفارة ثانية ، وبه قال الأوزاعي وأحمد وإسحاق ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لكل ظهار كفارة . وأما إذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عنده مالك أن في ذلك كفارة واحدة وعند أبي حنيفة أن ذلك راجع إلى نيته ، فإن قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة ، وإن أراد استئناف الظهار كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار . وقال يحيى بن سعيد : تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء كان في مجلس واحد أو في مجالس شتى . والسبب في هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة في وقت واحد ، والمتعدد بلا خلاف هو الذي يكون بلفظين من امرأتين في وقتين ، فإن كرر اللفظ من امرأة واحدة ، فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار ، أم لا يوجب ذلك فيه تعددا ؟ وكذلك إن كان اللفظ وحدا والمظاهر منها أكثر من واحدة ؟ وذلك أن هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين ؛ فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ، ومن غلب عليه شبه الطرف الثاني أوجب له حكمه . ومنها إذا ظهر من امرأته ثم منها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا ؟ فأكثر فقهاء الأمصار مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور ودأود والطبري وأبو عبيد أن في ذلك كفارة واحدة ، والحجة لهم حديث سلمة بن صخر الليثي « أنه ظهر من امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر ، فأقى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيرا واحدا » وقال قزوم : عليه كفارتان : كفارة الزم على الوطء ، وكفارة الوطء ، لأنه وطئ وطئا محرما ، وهو مروى عن عمرو ابن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب ؛ وقد قيل : لأنه لا يلزمه شيء إلا عن العود ولا عن الوطء ، لأن الله تعالى اشترط صحة الكفارة قبل المسيس ، فإذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب إلا بأمر مجدد ، وذلك معلوم في مسئلتنا وفيه شذوذ . وقال أبو محمد بن حزم : من كان فرضه الإطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الإطعام ، وإنما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق أو الصيام .

كتاب اللعان

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه : الفصل الأول :
 في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها . الفصل الثاني : في صفات المتلاعنين .
 الثالث : في صفة اللعان . الرابع : في حكم نكول أحدهما أو رجوعه . الخامس :
 في الأحكام اللازمة لتام اللعان . فأما الأصل في وجوب اللعان ، أما من الكتاب
 فقوله تعالى - وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا
 أَنْفُسُهُمْ - الآية . وأما من السنة فما رواه مالك وغيره من غرضي الصحيح
 من حديث عويمر العجلاني « إذ جاء إلى عاصم بن عدي العجلاني رجل من
 قومه فقال له : يا عاصم أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقضه فتقتلوه ؟ أم
 كيف يفعل ؟ سل يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسأل عاصم
 عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء
 عويمر فقال : يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال
 لم تأتني بخير ، قد ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التي سألت عنها ،
 فقال : والله لا أنتهي حتى أسأله عنها ، فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله
 عليه وسلم وسط الناس فقال : يا رسول الله أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا
 أيقضه فتقتلوه ، أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد
 نزل فيك وفي صاحبك قرآن " فاذْهَبْ فَأْتِ بِهَا " ، قال مهمل :
 فتلانعا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما فرغا من
 تلانعهما قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثا
 قبل أن يأمره بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم « قال مالك : قال ابن
 شهاب : فلم تزل تلك سنة المتلاعنين . وأيضا من جهة المعنى لما كان الفراش
 موجبا للحوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فسادة
 وتلك الطريق هي اللعان ، فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس
 والإجماع ، إذ لا خلاف في ذلك أعلمه ، فهذا هو القول في إثبات حكمه .

الفصل الأول في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها

وأما صور الدعاوى التي يجب بها اللعان فهي أولا صورتان : إحداها دعوى الزنى ، والثانية نفي الحمل . ودعوى الزنى لا يخلو أن تكون مشاهدة : أعنى أن يدعى أنه شاهدها تزنى كما يشهدُ الشاهد على الزنى ، أو تكون دعوى مطلقة . وإذا نفي الحمل فلا يخلو أن ينفيه أيضا نفيا مطلقا ، أو يزعم أنه لم يقربها بعد استبرائها ، فهذه أربعة أحوال بسائط ، وسائر الدعاوى تتركب عن هذه ، مثل أن يرميها بالزنى وينفي الحمل ، أو يثبت الحمل ويرميها بالزنى . فأما وجوب اللعان بالقذف بالزنا إذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه ، قالت المالكية : إذا زعم أنه لم يطأها بعد ؛ وأما وجوب اللعان بمجرد القذف ، فالجمهور على جوازه الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وداود وغيرهم . وأما المشهور عن مالك ، فإنه لا يجوز اللعان عنده بمجرد القذف ، وقد قال ابن القاسم أيضا إنه يجوز ، وهي أيضا رواية عن مالك . وحجة الجمهور عموم قوله تعالى - والذين يرمون أزواجهم - الآية . ولم يخص في الزنى صفة دون صفة ، كما قال في إيجاب حد القذف . وحجة مالك ظواهر الأحاديث الواردة في ذلك ، منها قوله في حديث سعد « رأيت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا » وحديث ابن عباس ، وفيه « فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : والله يارسول الله لقد رأيت بعينى وسمعت بأذنى ، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه ، فنزلت - والذين يرمون أزواجهم - الآية » وأيضا فإن الدعوى يجب أن تكون ببينة كالشهادة . وفي هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك ، وهو إذا ظهر بها حمل بعد اللعان ، فعن مالك في ذلك روايتان : إحداها سقوط الحمل عنه ، والأخرى لحوقه به . واتفقوا فيما أحسب أن من شرط الدعوى الموجبة اللعان برؤية الزنى أن تكون في العصمة . واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعوى الزنى ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان أم لا ؟ فقال مالك والشافعي والأوزاعي وجماعة : بينهما لعان ؛ وقال أبو حنيفة : لا لعان بينهما إلا أن يبنى ولدًا ولا حد ؛ وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا يلاعن . وأما إن نفي الحمل فإنه كما قلنا على وجهين : أحدهما أن يدعى أنه استبرأها ولم يطأها بعد الاستبراء ، وهذا ما لا خلاف فيه ؛

واختلف قول مالك في الاستبراء ، فقال مرة : ثلاث حيض : وقال مرة :
حيضة . وأما نفيه مطلقا ، فالمشهور عن مالك أنه لا يجب بذلك لعان ، وخالفه
في هذا الشافعي وأحمد وداود ، وقالوا : لا معنى . لهذا لأن المرأة قد تحمل مع
رؤية الدم ؛ وحكى عبد الوهاب عن أصحاب الشافعي أنه لا يجوز نفي الحمل
مطلقا من غير قذف . واختلفوا من هذا الباب في فرج ، وهو وقت نفي الحمل
فقال الجمهور : ينفيه وهي حامل ، وشرط مالك أنه متى لم ينفيه وهو حمل
لم يحرله أن ينفيه بعد الولادة بلعان ؛ وقال الشافعي : إذا علم الزوج بالحمل
فأمكنه إلحاقه من اللعان فلم يلاعن لم يكن له أن ينفيه بعد الولادة ؛ وقال
أبو حنيفة : لا ينفي الولد حتى تضع وحجة مالك ومن قال بقوله الآثار
المواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود وأنس وسهل بن سعد « أن النبي
عليه الصلاة والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين قال : إن جاءت به
على صفة كذلك أراه إلا قد صدق عليهما » قالوا : وهذا يدل على
أنها كانت حاملا في وقت اللعان . وحجة أبي حنيفة أن الحمل قد ينفس
ويضمحل ، فلا وجه للعان إلا على يقين . ومن حجة الجمهور أن الشرع
قد علّق بظهور الحمل أحكاما كثيرة : كالنفقة والعدة ومنع الوطء ،
فوجب أن يكون قياس اللعان كذلك ، وعند أبي حنيفة أنه يلاعن وإن لم ينفس
الحمل إلا وقت الولادة ، وكذلك ما قرب من الولادة ولم يوقت في ذلك وقتا ،
ووقتا صاحبه أبو يوسف ومحمد فقالا : له أن ينفيه ما بين أربعين ليلة من
وقت الولادة ؛ والذين أوجبوا اللعان في وقت الحمل اتفقوا على أن له نفيه
في وقت العصمة ، واختلفوا في نفيه بعد الطلاق ، فذهب مالك إلى أن له ذلك
في جميع المدة التي يلحق الولد فيها بالفراش ، وذلك هو أقصى زمان الحمل عنده
وذلك نحو من أربع سنين عنده أو خمس سنين ، وكذلك عنده حكم نفي الولد
بعد الطلاق إذا لم يزل منكرا له ، وبقرير من هذا المعنى قال الشافعي وقال
قوم : ليس له أن ينفي الحمل إلا في العدة فقط ، وإن نفاه في غير العدة حله
وألحق به الولد ، فالحكم يجب به عند الجمهور إلى انقضاء أطول مدة الحمل
على اختلافهم في ذلك ، فإن الظاهرية ترى أن أقصر مدة الحمل التي يجب بها
الحكم هو المعتاد من ذلك ، وهي التسعة أشهر وما قاربها ، ولا اختلاف بينهم

أنه يجب الحكم به في مدة العصمة ، فما زاد على أقصر مدة الحمل وهي الستة شهر : أعنى أن يولد المولود لستة أشهر من وقت الدخول أو إمكانه ، لامن وقت العقد ، وشذ أبو حنيفة : فقال من وقت العقد ، وإن علم أن الدخول غير ممكن حتى أنه إن تزوج عنده رجل بالمغرب الآقصى امرأة بالمشرق الأقصى فوجأت بولد لرأس ستة أشهر من وقت العقد أنه يلحق به إلا أن ينفيه بلعان ، وهو في هذه المسئلة ظاهري محض ، لأنه إنما اعتمد في ذلك عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الوكْدُ للْفِرَاشِ » وهذه المرأة قد صارت فراشا له بالعقد ، فكأنه رأى أن هذه عبادة غير معللة ، وهذا شيء ضعيف . واختلف قول مالك من هذا الباب في فرع ، وهو أنه إذا ادعى أنها زنت واعترف بالحمل فعنه في ذلك ثلاث روايات : إحداهما أنه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن . والثانية أنه يلاعن وينى الولد . والثالثة أنه يلحق به الولد ويلاعن ليدرأ الحد عن نفسه . وسبب الخلاف هل يلتفت إلى إثباته مع موجب نفيه وهو دعواه الزنى ؟ واختلفوا أيضا من هذا الباب في فرع ، وهو إذا أقام الشهود على الزنى هل له أن يلاعن أم لا ؟ فقال أبو حنيفة وداود : لا يلاعن ، لأن اللعان إنما جعل عوض الشهود لقوله تعالى - والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم - الآية . وقال مالك والشافعي : يلاعن ، لأن الشهود لا تأثير لهم في دفع الفرائش .

الفصل الثاني في صفات المتلاعنين

وأما صفة المتلاعنين ، فإن قوما قالوا : يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبيدين ، أو أحدهما حر والآخر عبد ، محدودين كانا أو عدلين أو أحدهما ، مسلمين كانا أو كان الزوج مسلما والزوجة كتائية ، ولا لعان بين كافرين إلا أن يترافعا إلينا ، ومن قال بهذا القول مالك والشافعي ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا لعان إلا بين مسلمين حرين عدلين . وبالحملة فاللعان عندهم إنما يجوز لمن كان من أهل الشهادة . وحجة أصحاب القول الأول عموم قوله تعالى - والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم - ولم يشترط في ذلك شرطا . ومعتمد الحنفية أن اللعان شهادة ، فيشترط فيها ما يشترط

في الشهادة ، إذ قد سماهم الله شهداء لقوله : فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتِهِ
بِالله - ويقولون إنه لا يكون لعان إلا بين من يجب عليه الخلد في الظلم الواقع
بينهما . وقد اتفقوا على أن العبد لا يحد بقلبه ، وكذلك الكافر ، تشبهاً من
يجب عليه اللعان بمن يجب في قلبه الخلد ، إذ كان اللعان إنما وضع للنفس الخلد
مع نفي النسب ، وربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن بجد أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لَالِيعَانَ بَيْنَ أَرْبَعَةٍ : الْعَبْدَيْنِ ،
وَالْكَافِرَيْنِ » والجمهور يرون أنه يمين وإن كان يسمى شهادة ، فإن أخذاً
لا يشهد لنفسه ، وأما أن الشهادة قد يعبر عنها باليمين فلذلك بين في قوله تعالى
- إِذَا جَاءَكَ الْمُسَافِقُونَ قَالُوا - الآية ، ثم قال - - آمَحْتَنُوا أَيْمَانَهُمْ
جُنَّةً - وأجمعوا على جواز لعان الأعمى ، واختلفوا في الأخرس ، فقال مالك
والشافعي يلاعن الأخرس إذا فهم عنه ، وقال أبو حنيفة : لا يلاعن لأنه ليس
من أهل الشهادة ، وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ .

الفصل الثالث في صفة اللعان

فأما صفة اللعان فتقاربة عند جمهور العلماء ، وليس بينهم في ذلك كبير
خلاف ، وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآية ، فيحلف الزوج أربع
شهادات بالله لقد رأيتها تزني وأن ذلك الحمل ليس مني ، ويقول في الخامسة :
لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم تشهد هي أربع شهادات بتقيضي ما عهد
هو به ثم تخمس بال غضب ، هذا كله متفق عليه . واختلف الناس هل يجوز أن
يبدل مكان اللعنة الغضب ، ومكان الغضب اللعنة ، وهناك أشهد أقسم :
ومكان قوله بالله غيره من أسمائه ؟ والجمهور على أنه لا يجوز من ذلك إلا
ما نص عليه من هذه الألفاظ أصلاً هذه الشهادات ، وأجمعوا على أن من شرط
صحته أن يكون بحكم حاكم .

الفصل الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه

فأما إذا نكل الزوج فقال بالجمهور : إنه يحد ، وقال أبو حنيفة : إنه لا يحد
ويحبس . وحجة الجمهور عموم قوله تعالى - والذين يرمون المحصنات - الآية ،

وهذا عام في الأجنبية والزوج ، وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود ، فوجب إذا نكل أن يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود : أعني أنه يحده ، وما جاء أيضا من حديث ابن عمر وغيره في قصة العجلاني من قوله عليه الصلاة والسلام « إِنْ قَتَلْتُمْ قَتَلْتُمْ ، وَإِنْ نَطَقْتُمْ جُلِدْتُمْ ، وَإِنْ سَكَتُمْ سَكَتُمْ عَلَى غَيْظٍ » . واحتج الفريق الثاني بأن آية اللعان لم تتضمن إيجاب الحد عليه عند النكول والتعريض لإيجابه زيادة في النص ، والزيادة عندهم نسخ ، والنسخ لا يجوز بالقياس ولا بأخبار الآحاد ، قالوا : وأيضا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير في إسقاطه ، لأن الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الأجنبية ، فكذلك الزوج ، والحق أن الالتعان يمين مخصوصة ، فوجب أن يكون لها حكم مخصوص ، وقد نص على المرأة أن اليمين يدرأ عنها العذاب ، فالكلام فيما هو العذاب الذي يندرأ عنها باليمين ، وللشافعي والشافعية الذي في اسم العذاب اختلفوا أيضا في الواجب عليها إذا نكلت ، فقال الشافعي ومالك وأحمد والجمهور : إنها تحدها وحدها الرجم إن كان دخل بها ووجدت فيها شروط الإحصان ، وإن لم يكن دخل بها فالجلد . وقال أبو حنيفة إذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلاعن ، وحيثه قوله عليه الصلاة والسلام « لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ : زَنِىَ بَعْدَ إِحْصَانٍ ، أَوْ كَفَرَ بَعْدَ إِيمَانٍ ، أَوْ قَتَلَ نَفْسَ بَغْسِيرٍ نَفْسٍ » . وأيضا فإن سفك الدم بالنكول حكم ترده الأصول ، فإنه إذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنكول فكان بالحرى أن لا يجب بذلك سفك الدماء . وبالحملة فقاعدة الدماء مبناها في الشرع على أنها لا تراق إلا بالبيئة العادلة أو بالاعتراف ، ومن الواجب ألا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك فأبو حنيفة في هذه المسئلة أولى بالصواب إن شاء الله . وقد اعترف أبو المعالي في كتابه البرهان بقوة أى حنيفة في هذه المسئلة وهو شافعي . واتفقوا على أنه إذا أكذب نفسه حد وألحق به الولد إن كان نبي ولدا . واختلفوا هل له أن يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على أن الفرقة تجب باللعان ، إما بنفسه وإما بحكم حاكم على ما نقوله بعد ، فقال مالك والشافعي والثوري وداود وأحمد وجمهور فقهاء الأمصار إنها لا يجتمعان أبدا وإن أكذب نفسه ، وقال أبو حنيفة وجماعة :

إذا أكذب نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب ؛ وقد قال قوم : ترد إليه امرأته ، وحجة الفريق الأول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا سبيل لك عكسها» ولم يستثن فأطلق التحريم . وحجة الفريق الثاني أنه إذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان ، فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه ، وذلك أن السبب الموجب للتحريم إنما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بأن أحدهما كاذب ، فإذا انكشف ارتفع التحريم .

الفصل الخامس في الأحكام اللازمة لتمام اللعان .

فأما موجبات اللعان ، فإن العلماء اختلفوا من ذلك في مسائل : منها هل تجب الفرقة أم لا ؟ وإن وجبت ففي تجب ؟ وهل تجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم ؟ وإذا وقعت فهل هي طلاق أو فسخ ؟ فذهب الجمهور إلى أن الفرقة تقع باللعان لما اشتهر من ذلك في أحاديث اللعان « من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما » وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه : فكانت تلك سنة المتلاعنين ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « لا سبيل لك عليها » وقال عثمان البستي وطائفة من أهل البصرة : لا يعقب اللعان فرقة ، واحتجوا بأن ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان ، ولا هو صريح في الأحاديث ، لأن في الحديث المشهور أنه طلقها بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكح ذلك عليه . وأيضا فإن اللعان إنما شرع لدرء خد القذف ، فلم يوجب تحريما تشبيها بالبينة . وحجة الجمهور أنه قد وقع بينهما من انتقاض والتباغض والتهاثر وإبطال حدود الله ما أوجب أن لا يجتمعا بعدها أبدا ، وذلك أن الزوجية منها على المودة والرحمة وهؤلاء قد علموا ذلك كل العلم ، ولا أقل من أنه تكون عقوبتهما الفرقة . وبالحملة فالقبح الذي بينهما غاية القبح . وأما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث : وجماعة إنها تقع إذا فرغا جميعا من اللعان . وقال الشافعي : إذا أكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة . وقال أبو حنيفة : لا تقع إلا بحكم حاكم ، وبه قال الثوري وأحمد . وحجة مالك على الشافعي حديث ابن عمر قال « فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال : حسبكم على الله ، أجمدكم كاذب لا سبيل لك عكسها » وما روى أنه لم يفرق بينهما إلا بعد تمام اللعان . وحجة

الشافعي أن لعانها إنما تدر به الحد عن نفسها فقط ، ولعان الرجل هو المؤثر في نفي النسب ، فوجب إن كان للعان تأثير في الفرقة أن يكون لعان الرجل تشبيها بالطلاق . وحجتهما جميعا على أبي حنيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما ، فدل ذلك على أن اللعان هو سبب الفرقة . وأما أبو حنيفة فيرى أن الفراق إنما نفذ بينهما بحكمه وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال « لاسبيل لك عليها » فرأى أن حكمه شرط في وقوع الفرقة كما أن حكمه شرط في صحة اللعان ، مسبب الخلاف بين من رأى أنه تقع به فرقة ، وبين من لم ير ذلك أن تفريق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بينا في الحديث المشهور ، لأنه بادر بنفسه فطلق قبل أن يخبره بوجوب الفرقة ، والأصل أن لافرقه إلا بطلاق ، وأنه ليس في الشرع تحريم يتأبد : أعنى متصفا عليه ، فمن غلب هذا الأصل على المفهوم لاحتماله نفي وجوب الفرقة قال بإيجابها . وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه فتردد هذا الحكم بين أن يغلب عليه شبه الأحكام التي يشترط في صحتها حكم الحاكم أو التي لا يشترط ذلك فيها . وأما المسئلة الرابعة ، وهي إذا قلنا إن الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق ، فإن التائلين بالفرقة اختلفوا في ذلك ، فقال مالك والشافعي : هو فسخ ، وقال أبو حنيفة : هو طلاق بائن . وحجة مالك تأييد التحريم به فأشبه ذات المحرم .

وأما أبو حنيفة فشبها بالطلاق قياسا على قرقة العنين إذ كانت عنده بحكم الحاكم .

كتاب الإحداد

أجمع المسلمون على أن الإحداد واجب على النساء الخرائر المسلمات في عدة الوفاة إلا الحسن وحده . واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة ، وفيما تمتنع الحادة منه مما لا تمتنع ، فقال مالك : الإحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة . وأما الأمة يموت عنها سيدها سواء كانت أم ولد أو لم تكن فلا إحداد عليها عنده ، وبه قال فقهاء الأمصار ،

(١) هكذا الأصول ، ولعل فيه سقطا هكذا : ومن قال بالمفهوم قال بإيجابها ، تأمل اه مصححه .

وخالف قول مالك المشهور في الكتابية ابن نافع وأشهب ، وروياه عن مالك ، وبه قال الشافعي : أعنى أنه لا إحداد على الكتابية ؛ وقال أبو حنيفة : ليس على الصغيرة ولا على الكتابية إحداد ؛ وقال قوم : ليس على الأمة المزروجة إحداد ، وقد حكى ذلك عن أبي حنيفة ، فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه إحداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه إحداد . وأما اختلافهم من قبل العدد فإن مالكا قال : لا إحداد إلا في عدة الوفاة . وقال أبو حنيفة والثوري الإحداد في العدة من الطلاق البائن واجب ؛ وأما الشافعي فاستحسنه للمطلقة ولم يوجبه . وأما الفصل الثالث وهو ما تمتنع الحادة منه مما لا تمتنع عنه ، فلها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية للرجال إلى النساء ، وذلك كالخلى والكحل إلا ما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة إلا السواد ، فإنه لم يكره مالك لها لبس السواد ، ورخص كلهم في الكحل عند الضرورة ، فبعضهم اشترط فيه ما لم يكن فيه زينة ، وبعضهم لم يشترطه ، وبعضهم اشترط جملة الليل دون النهار . وبالجملة فأقويل الفقهاء فيما تجتنب الحادة متقاربة ، وذلك الرما يحرك جال بالجملة لإيهن . وإنما صار الجمهور لإيجاب الإحداد في الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فمنها حديث أم سلمة زوج النبي عليه الصلاة والسلام « أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها ، وقد اشتكت عينها أفتكحلها ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ، مرتين أو ثلاثا ، كل ذلك يقول لها لا ، ثم قال : إنما هي أربعة أشهر وعشرون وقد كانت إحدا كن تترى بالبعرة على رأس الحول » وقال أبو محمد : فعلى هذا الحديث يجب التعويل على القول بإيجاب الإحداد . وأما حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت به عارضها ، ثم قالت : والله مالى به من حاجة غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يحل لامرأة مؤمنة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تتحد على ميت فوق ثلاث ليل ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرون » فليس فيه حجة ، لأنه استثناء من حظر فهو يقتضى الإباحة دون الإيجاب . وكذلك حديث زينب بنت جحش . لقا القاضي : وفي الأمر إذا ورد بعد الحظر بخلاف بين المتكلمين : أعنى هل

يقتضى الوجوب أو الإباحة . وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسلمة دون الكافرة أن من رأى أن الإحدااد عبادة لم يُلزِمه الكافرة؛ ومن رأى أنه معنى معقول ، وهو تشوف الرجال إليها وهى إلى الرجال ، سوى بين الكافرة والمسلمة ؛ ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء فَرَّقَ بين الصغيرة والكبيرة إذا كانت الصغيرة لايتشوف الرجال إليها . ومن حجة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام « لايجل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد إلا على زوج » قال : وشرطه الإيمان فى الإحدااد يقتضى أنه عبادة . وأما من فرق بين الأمة والحرّة وكذلك الكتابية ، فلأنه زعم أن عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق : أحدهما الإحدااد، والثانى ترك الخروج ، فلما سقط ترك الخروج عن الأمة بتبطلها والحاجة إلى استعمالها سقط عنها منع الزينة . وأما اختلافهم فى المكاتبه فن قبل تردها بين الحرّة والأمة . وأما الأمة بملك اليمين وأم الولد ، فإنما صار الجمهور إلى إسقاط الإحدااد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام « لايجل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد إلا على زوج » فعلم بدليل الخطاب أن من علنا ذات الزوج لايجب عايتها إحدااد ومن أوجبه على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة فتعلق بالظاهر المنطوق به ، ومن ألحق المطلقات بهن فن طريق المعنى ، وذلك أنه يظهر من معنى الإحدااد أن المقصود به أن لاتشوف إليها الرجال فى العدة ولاتشوف هى إليهم ، وذلك سدا للريعة لمكان حفظ الأنساب ، والله أعلم . كمل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه، والشكر على نعمه؛ وتتلوه كتاب البيوع إن شاء الله تعالى

كتاب البيوع

الكلام فى البيوع ينحصر فى خمس بجل : فى معرفة أنواعها : وفى معرفة شروط الصحة فى واحد واحد منها . وفى معرفة شروط الفساد . وفى معرفة أحكام البيوع الصحيحة . وفى معرفة أحكام البيوع الفاسدة . فنذكر أنواع البيوع المطلقة ، ثم نذكر شروط الفساد والصحة فى واحد واحد منها : وأحكام بيوع الصحة ، وأحكام البيوع الفاسدة . ولما كانت أسباب الفساد والصحة فى البيوع منها علمة لجميع أنواع البيوع أو لأكثرها ومنها خاصة ، وكذلك الأمر فى أحكام

الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعي أن نذكر المشترك من هذه الأصناف الأربعة : أعنى العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام الفساد لجميع البيوع ، ثم نذكر الخاص من هذه الأربعة بواحد واحد من البيوع ، فينقسم هذا الكتاب باضطرار إلى ستة أجزاء : الجزء الأول : تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة . والثاني : تعرف فيه أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة أيضا : أعنى في كلها أو أكثرها إذ كانت أعرف من أسباب الصحة . الثالث : تعرف فيه أسباب الصحة في البيوع المطلقة أيضا . الرابع : نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة ، أعنى الأحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أو لأكثرها . الخامس : نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة : أعنى إذا وقعت . السادس : نذكر فيه نوعا نوعا من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامها .

(الجزء الأول) إن كل معاملة وجدت بين اثنين ، فلا يخلو أن تكون عينا بعين ، أو عينا بشيء في الذمة ، أو ذمة بذمة ، وكل واحد من هذه الثلاث إما نسيئة وإما ناجز ، وكل واحد من هذه أيضا إما ناجز من الطرفين وإما نسيئة من الطرفين ، وإما ناجز من الطرف الواحد نسيئة من الطرف الآخر ، فتكون أنواع البيوع تسعة . فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز بإجماع لافي العين ولا في الذمة ، لأنه الدين بالدين المنهى عنه . وأسماء هذه البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد وحال العقد ؛ ومنها ما يكون من قبل صفة العين المبيعة ، وذلك أنها إذا كانت عينا بعين فلا يخلو أن تكون ثمنًا بثمان أو ثمنًا بثمان ، فإن كانت ثمنًا بثمان سمي صرفا ، وإن كانت ثمنًا بثمان سمي بيعا مطلقا وكذلك مثنونا بثمان على الشروط التي تقال بعد ، وإن كان عينا بذمة سمي سلما ، وإن كان على الخيار سمي بيع خيار ، وإن كان على المراجعة سمي بيع مراجعة ، وإن كان على المزايدة سمي بيع مزايدة .

(الجزء الثاني) وإذا اعتبرت الأسباب التي من قبلها ورد النهى الشرعى في البيوع ، وهى أسباب الفساد العامة وجدت أربعة : أحدها تحريم عين المبيع . والثاني الربا . والثالث الغرر . والرابع الشروط التي تثول إلى أحد هذين أو لمجموعهما . وهذه الأربعة هى بالحقيقة أصول الفساد ، وذلك أن النهى إنما

تعلق فيها بالبيع من جهة ما هو بيع للأمر من خارج . وأما التي ورد النهي فيها لأسباب من خارج ؛ ففيها الغش ؛ ومنها الضرر ؛ ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ؛ ومنها لأنها محرمة البيع . ففي هذا الجزء أبواب :

الباب الأول في الأعيان المحرمة البيع

وهذه على ضربين : نجاسات ، وغير نجاسات . فأما بيع النجاسات فالأصل في تحريمها حديث جابر ، ثبت في الصحيحين قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ » ، فقيل : يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويستصبح بها ؟ فقال : لَعَنَ اللَّهُ الْيَهُودَ حَرَّمَتِ الشُّحُومُ عَلَيْهِمْ فَبَاعُوهَا وَأَكَلُوهَا أَتَمَّهَا » وقال في الخمر « إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا » والنجاسات على ضربين : ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهي الخمر وأنها نجسة ، إلا خلافا شاذا في الخمر : أعنى في كونها نجسة ، والميتة بجميع أجزائها التي تقبل الحياة ، وكذلك الخنزير بجميع أجزائه التي تقبل الحياة . واختلف في الانتفاع بشعره ، فأجازته ابن القاسم ومنه أصبغ . وأما القسم الثاني وهي النجاسات التي تدعو الضرورة إلى استعمالها كالرجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين ، فاختلف في بيعها في المذهب فقيل بمنعها مطلقا ، وقيل بإجازتها مطلقا ، وقيل بالفرق بين العذرة والزبل : أعنى لإباحة الزبل ومنع العذرة . واختلفوا فيما يتخذ من أنياب الفيل لاختلافهم هل هو بنجس أم لا ؟ فن رأى أنه ناب جعله ميتة ، ومن رأى أنه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن ، والخلاف فيه في المذهب . وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو يختلف في نجاسته ، ففيها الكلب والسنور . أما الكلب فاختلفوا في بيعه ، فقال الشافعي : لا يجوز بيع الكلب أصلا . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك . وفرق أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون في اتخاذه وبين ما لا يجوز اتخاذه ، فاتفقوا على أن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وإمساكه . فأما من أرادته للأكل فاختلفوا فيه ، فن أجاز أكله أجاز بيعه ، ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه . واختلفوا أيضا في المأذون في اتخاذه ، فقيل هو حرام ،

وقيل مكروه . فأما الشافعي فعمدته شيثان : أحدهما ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبي صلى الله عليه وسلم . والثاني أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير ، وقد ذكرنا دليله في ذلك في كتاب الطهارة . وأما من أجاز فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الأكل ، فجاز بيعه كالأشياء الطاهرة العين ، وقد تقدم أيضا في كتاب الطهارة استدلال من رأى أنه طاهر العين ، وفي كتاب الأطعمة استدلال من رأى أنه حلال . ومن فرق أيضا فعمدته أنه غير مباح الأكل ولا مباح الانتفاع به ، إلا ما استثناه الحديث من كلب المشاة أو كلب الزرع وما في معناه ، ورويت أحاديث غير مشهورة اقترن فيها بالنهي عن ثمن الكلب استثناء أثمان الكلاب المباحة الانتخاذ . وأما النهي عن ثمن السنور فثابت ، ولكن الجمهور على إباحته لأنه طاهر العين مباح المنافع . فسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الأدلة . ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت النجس وما ضارعه بعد اتفاقهم على تحريم أكلكه ، فقال مالك : لا يجوز بيع الزيت النجس ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يجوز إذا بين ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك . وحجة من حرمه حديث جابر المتقدم « أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول : **إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ الْخَمْرَ وَالْمَيْمِثَةَ وَالْخِنْزِيرَ** » . وعمدة من أجازوه : أنه إذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع أنه ليس يلزمه أن يحرم منه سائر المنافع ، ولا سيما إذا كانت الحاجة إلى المنفعة غير المحرمة كالحاجة إلى المحرمة ، فإذا كان الأصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر محرمات الأكل على الإباحة : أعني أنه إن كان فيها منافع سوى الأكل فبيعت لهذا جاز ، ورووا عن علي وابن عباس وابن عمر أنهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصيح به ، وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعلى الصابون مع تحريم بيعه ، وأجاز ذلك الشافعي أيضا مع تحريم ثمنه ، وهذا كله ضعيف ، وقد قيل إن في المذهب رواية أخرى تمنع الاستصباح به وهو ألزم للأصل : أعني لتحريم البيع . واختلف أيضا في المذهب في غسله وطبخه هل هو مؤثر في عين النجاسة ومزيل لها على قولين : أحدهما جواز ذلك ، والآخر منعه ، وهما مبنيان على أن الزيت إذا خالطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين

لو نجاسة مجاورة ؟ فن رآه نجاسة مجاورة طهره عند الغسل والطبخ ، ومن رآه نجاسة عین لم يطهره عند الطبخ والغسل .

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في جواز بيع لبن الآدمية إذا حلب ، فالك والثاقفي يجوزانه ، وأبو حنيفة لا يجوزنه . وعمدة من أجاز بيعه أنه لبن أبيح شربه فأبيح بيعه قياسا على لبن سائر الأنعام ، وأبو حنيفة يرى أن تحليله إنما هو لمكان ضرورة الطفل إليه ، وأنه في الأصل محرم ، إذ لحم ابن آدم محرم ، والأصل عندهم أن الألبان تابعة للحوم ، فقالوا في قياسهم هكذا الإنسان حيوان لا يؤكل لحمه ، فلم يجوز بيع لبنه أصله لبن الخنزير والأتان فسبب اختلافهم في هذا الباب تعارض أقيسة الشبه ، وفروع هذا الباب كثيرة ، وإنما نذكر من المسائل في كل باب المشهور ليجرى ذلك مجرى الأصول .

الباب الثاني في بيع الربا

وافق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين : في البيع ، وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك . فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان : صنف متفق عليه ، وهو ربا الجاهلية الذي نهى عنه ، وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون ، فكانوا يقولون : أنظر في أزدك ، وهذا هو الذي عناه عليه الصلاة والسلام بقوله في حجة الوداع « ألا وإن ربا الجاهلية موضوعٌ وأولُ ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب ، والثاني « ضَعْ وَتَعَجَّلْ » وهو مختلف فيه وسند كره فيما بعد : وأما الربا في البيع فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان : نسيئة وتفاضل ، إلا ما روى عن ابن عباس من إنكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ربا إلا في النسيئة » وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن الربا في هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم . والكلام في الربا ينحصر في أربعة فصول : الفصل الأول : في معرفة الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ، ولا يجوز فيها النساء ، وتبين علة ذلك . الثاني : معرفة الأشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء . الثالث : في معرفة ما يجوز فيه الأمان جميعا . الرابع : في معرفة ما يعد صنفا واحدا مما لا يعد صنفا واحدا .

الفصل الأول

في معرفة الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء وتبين علة ذلك فنقول : أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الأصناف التي نص عليها في حديث عبادة بن الصامت ، إلا ما حكى عن ابن عباس ، وحديث عبادة هو قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعر بالشعر والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى » فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الأعيان . وأما منع النسبة فيها فثبت من غير ما حديث ، أشهرها حديث عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اللَّهُبُّ بِالذَّهَبِ رِبَا ، وَالْأَهَاءُ وَهَاءٌ ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ رِبَا إِلَّا هَاءَ وَهَاءٌ وَالتَّمْرُ بِالْتَّمْرِ رِبَا إِلَّا هَاءَ وَهَاءٌ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رِبَا إِلَّا هَاءَ وَهَاءٌ » فتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد ، وتضمن أيضا حديث عبادة منع النساء في الصنفين من هذه ، وإباحة التفاضل ، وذلك في بعض الروايات الصحيحة ، وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة « وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يبدأ بيد والبر بالشعر كيف شئتم يبدأ بيد » وهذا كله متفق عليه بين الفقهاء إلا البر بالشعر . واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها ، فقال قوم منهم أهل الظاهر : إنما يمتنع التفاضل في صنف صنف من هذه الأصناف الستة فقط ، وأن ما عداها لا يمتنع الصنف الواحد منها التفاضل ، وقال هؤلاء أيضا : إن النساء يمتنع في هذه الستة فقط اتفقت الأصناف أو اختلفت ، وهذا أمر متفق عليه : أعنى امتناع النساء فيها مع اختلاف الأصناف ، إلا ما حكى عن ابن علية أنه قال : إذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسبة ما عدا الذهب والفضة . فهؤلاء جمعوا النهي المتعلق بأعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به الخاص . وأما الجمهور من فقهاء الأمصار ، فإنهم اتفقوا على أنه من باب الخاص أريد به العام . واختلفوا في المعنى العام الذي وقع التبيين

عليه بهذه الأصناف : أعني في مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها : فالذي استقر عليه حذاق المالكية أن سبب منع التفاضل أما في الأربعة ، فالصنف الواحد من المدخر المقتات ، وقد قيل الصنف الواحد المدخر وإن لم يكن مقتاتا ومن شرط الادخار عندهم أن يكون في الأكثر ، وقال بعض أصحابه : الربا في الصنف المدخر وإن كان نادر الادخار . وأما العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضا مع كونهما رعوسا للأثمان وقسيما للمتلفات ، وهذه العلة هي التي تعرف عندهم بالقاصرة ، لأنها ليست موجودة عندهم في غير الذهب والفضة . وأما علة منع النساء عند المالكية في الأربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ، ولذلك إذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسبة ، ولذلك يجوز التفاضل عندهم في المطعومات التي ليست مدخرة : أعني في الصنف الواحد منها ، ولا يجوز النبء . أما جواز التفاضل ، فلكونها ليست مدخرة ، وقد قيل إن الادخار شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد . وأما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة ، وقد قلنا إن الطعم بإطلاق علة لمنع النساء في المطعومات . وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الأربعة هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد . وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك . وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم في الستة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف ، وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب ، فإن الإجماع انعقد على أنه يجوز فيها النساء ، ووافق الشافعي مالكا في علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة ، أعني أن كونهما رعوسا للأثمان وقسيما للمتلفات هو عندهم علة منع النسبة إذا اختلف الصنف ، فإذا اتفقا منع التفاضل ، والحنفية تعتبر في المكيل قدرا يتأتى فيه الكيل ، وسيأتي أحكام البنائير والدراهم بما يخصها في كتاب الصرف ، وأما هاهنا فالمقصود هو تبين مذاهب الفقهاء في علل الربا المطلق في هذه الأشياء ، وذكر عمدة دليل كل فريق منهم ، فنقول : إن الذين قصرُوا صنف الربا على هذه الأصناف الستة فهم أحد صنفين : إما قوم نفوا القياس في الشرع : أعني استنباط العلل من الألفاظ وهم الظاهرية ، وإما قوم نفوا قياس الشبه وذلك أن جميع من ألحق المسكوت ههنا

بالمنتوق به ، فلما أحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة ، إلا ما حكى عن ابن
 الماجشون أنه اعتبر في ذلك المالية وقال : علة منع الربا إنما هي حيطة
 الأموال ، يريد منع العين . وأما القاضي أبو بكر الباقلاني فلما كان قياس
 الشبه عنده ضعيفا ، وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضع
 قياس المعنى ، إذ لم يتأت له قياس علة ، فألحق الزبيب فقط بهذه الأصناف
 الأربعة ، لأنه زعم أنه في معنى التمر ، ولكل واحد من هؤلاء : أعنى من
 القاسين دليل في استنباط الشبه الذي اعتبره في إلحاق المسكوت عنه بالمنتوق
 به من هذه الأربعة . أما الشافعية فإنهم قالوا في تثبيت علمهم الشبهية : إن الحكم
 إذا علق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذي اشتق منه الاسم هو علة الحكم
 مثل قوله تعالى - والسَّارِقُ والسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا - فلما علق الحكم
 بالاسم المشتق وهو السارق علم أن الحكم متعلق بنفس السرقة . قالوا : وإذا كان
 هذا هكذا ، وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبيد الله أنه قال : كنت
 أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ »
 فمن البين أن الطعم هو الذي علق به الحكم . وأما المالكية فإنها زادت على
 الطعم إما صفة واحدة وهو الادخار على ما في الموطأ ، وإما صفتين وهو
 الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون ، وتمسكت في استنباط هذه العلة
 بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لا كفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من
 تلك الأربعة الأصناف المذكورة ، فلما ذكر منها عددا علم أنه قصد بكل
 واحد منها التنبيه على ما في معناه ، وهي كلها يجمعها الاقتيات والادخار .
 أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ، ونبه بالتمر على جميع
 أنواع الحلوات الملبخة كالسكر والعسل والزبيب ، ونبه بالملح على جميع
 التوابل المدخرة لإصلاح الطعام ، وأيضا فإنهم قالوا : لما كان معقول المعنى
 في الربا إنما هو أن لا يغبن بعض الناس بعضا وأن تحفظ أموالهم ، فواجب أن
 يكون ذلك في أصول المعاش وهي الأقوات . وأما الحنفية فعمدتهم في اعتبار
 المكمل والموزون أنه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق
 القدر ، وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر في قوله صلى الله عليه
 وسلم لعامله بخير من حديث أبي سعيد وغيره « إِلَّا كَيْلًا بِكَيْلٍ يَدَا بَيْتِلَه »

رأوا أن التقدير أعنى الكيل أو الوزن هو المؤثر في الحكم كتأثير الصنف ، وربما
 احتجوا بأحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوى على اعتبار الكيل أو الوزن ؛
 منها أنهم رويوا في بعض الأحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها في حديث
 عبادة زيادة ، وهى كذلك ما يكال ويوزن ، وفي بعضها : 'وكذلك المكيال
 والميزان ، هذا نص لو صححت الأحاديث ، ولكن إذا توكل الأمر من طريق
 المعنى ظهر - والله أعلم - أن علمهم أولى العلل ، وذلك أنه يظهر من الشرع أن
 المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذى فيه ، وأن العدل
 في المعاملات إنما هو مقارنة التساوى ، ولذلك لما عسر إدراك التساوى
 في الأشياء المختلفة اللوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها : أعنى تقديرها ،
 ولما كانت الأشياء المختلفة اللوات : أعنى غير الموزونة والمكيلة العدل فيها
 إنما هو في وجود النسبة ، أعنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشئتين إلى جنسه
 نسبة قيمة الشئ الآخر إلى جنسه ، مثال ذلك أن العدل إذا باع إنسان فرسا
 بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الأفراس هى نسبة قيمة ذلك
 الثوب إلى الثياب ، فإن كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك
 الثياب قيمتها خمسون ، فليكن مثلاً الذى يساوى هذا القدر عددها هو عشرة
 أثواب ، فإذا اختلفت هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجبة في المعاملة
 العادلة ، أعنى أن يكون عدل فرس عشرة أثواب في المثل . وأما الأشياء
 المكيلة والموزونة ، فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف ، وكانت
 منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله
 بذلك الصنف بعينه إلا على جهة السرف كان العدل في هذا إنما هو بوجود
 التساوى في الكيل أو الوزن إذ كانت لا تتفاوت في المنافع ، وأيضا فإن منع
 التفاضل في هذه الأشياء يوجب أن لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة ،
 والتعامل إنما يضطر إليه في المنافع المختلفة ، فإذا منع التفاضل في هذه الأشياء
 أعنى المكيلة والموزونة علتان : إحداهما وجود العدل فيها ، والثاني منع المعاملة
 إذا كانت المعاملة بها من باب السرف . وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها
 أظهر إذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح ، وإنما المقصود بها تقدير الأشياء
 التى لها منافع ضرورية . ورى مالك عن سعيد بن المسيب أنه كان يعتبر

في علة الربا في هذه الأصناف الكيل والطعم ، وهو معنى جيد لكون الطعم ضروريا في أقوات الناس ، فإنه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوت أهم منه فيما ليس هو قوتا . وقد روى عن بعض التابعين أنه اعتبر في الربا الأجناس التي تجب فيها الزكاة ، وعن بعضهم الانتفاع مطلقا : أعنى المالية ، وهو مذهب ابن الماجشون .

الفصل الثاني

في معرفة الأشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسبة في الربويات هي الطعم عند مالك والشافعي . وأما في غير الربويات مما ليس بمطعوم ، فإن علة منع النسبة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل ، وليس عند الشافعي نسبة في غير الربويات . وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل في الربويات وفي غير الربويات الصنف الواحد متفاضلا كان أو غير متفاضل ، وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك أنه يمنع النسبة في هذه ، لأنه عنده من باب الساف الذي يجر منفعة .

الفصل الثالث في معرفة ما يجوز فيه الأمان جميعا

وأما ما يجوز فيه الأمان جميعا : أعنى التفاضل والنساء ، فما لم يكن ربويا عند الشافعي . وأما عند مالك فما لم يكن ربويا ولا كان صنفا واحدا متاثلا أو صنفا واحدا بإطلاق على مذهب أبي حنيفة ، ومالك يعتبر في الصنف المؤثر في التفاضل في الربويات ، وفي النساء في غير الربويات اتفاق المنافع واختلافها ، فإذا اختلفت جعلها صنفين ، وإن كان الاسم واحدا ، وأبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعي ، وإن كان الشافعي ليس الصنف عنده مؤثرا إلا في الربويات فقط : أعنى أنه يمنع التفاضل فيه ، وليس هو عنده علة للنساء أصلا ، فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه الفصول الثلاث . فأما الأشياء التي لا تجوز فيها النسبة فلأنها قسمان : منها ما لا يجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ، ومنها ما يجوز فيها التفاضل . فأما الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل

فعلة امتناع النسبته فيها هو الطعم عند مالك. وعند الشافعي الطعم فقط ، وعند أبي حنيفة مطعومات الكيل والوزن ، فإذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعي ، وإذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك ، وإذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسبته ، وأما الأشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فلها صنفان : إما مطعومة ، وإما غير مطعومة . فأما المطعومة فالنساء عنده لا يجوز فيها ، وعلة المنع الطعم ؛ وأما غير المطعومة فإنه لا يجوز فيها النساء عنده فما اتفقت منافعه مع التفاضل ، فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين إلى أجل إلا أن تكون إحداها حلوبة والأخرى أكلة ، هذا هو المشهور عنه ؛ وقد قيل إنه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة إلى أجل . فأما إذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسبته عنده جائزان وإن كان للصنف واحداً ؛ وقيل يعتبر اتفاق الأسماء مع اتفاق المنافع ، والأشهر أن لا يعتبر ؛ وقد قيل يعتبر . وأما أبو حنيفة فالمعتبر عنده في منع النساء ما عدا التي لا يجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع أو اختلفت ، فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسبته وإن اختلفت منافعها . وأما الشافعي فكل ما لا يجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء ، فيجوز شاة بشاتين نسبته وتقدا ، وكذلك شاة بشاة ، ودليل الشافعي حديث عمرو بن العاص « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين إلى الصدقة » قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء . وأما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان » قالوا : وهذا يدل على تأثير الجنس على الانفراد في النسبته . وأما مالك فعملته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الأغراض سد الدريرة ، وذلك أنه لا فائدة في ذلك إلا أن يكون من باب سلف يجر نفعا وهو يحرم ، وقد قيل عنه إنه أصل بنفسه ، وقد قيل عن الكوفيين إنه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسبته اختلف الجنس أو اتفق على ظاهر حديث سمرة ، فكان الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص ، والحنفية لحديث سمرة مع التأويل له ، لأن ظاهره يقتضي أن لا يجوز الحيوان بالحيوان نسبته اتفق الجنس أو اختلف ،

وكان مالكا ذهب مذهب الجمع ، فحمل حديث سمرة على اتفاق الأغراض .
وحديث عمرو بن العاص على اختلافها ، وسماع الحسن من سمرة مختلف فيه ،
ولكن صححه الترمذى ، ويشهد لمالك ما رواه الترمذى عن جابر قال : قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم « الْحَيَوَانُ اثْنَانِ بِيَوَاحِدٍ ، لَا يَصْلُحُ الذَّسَاءُ
وَلَا بَأْسَ بِهِ يَدَا بَيْدٍ » وقال ابن المنذر : ثبت « أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم اشترى عبداً بعبدین أسودین . واشترى تجارية بسبعة أرؤس »
وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه أن يكون أصلاً بنفسه لامن
قبل سد ذريعة . واختلفوا فيما لا يجوز بيعه نساء ، هل من شرطه التقايب
في المجلس قبل الافتراق سائر الرويات بعد اتفاقهم في اشتراط ذلك في المصارفة
لقوله عليه الصلاة والسلام « لَا تَبِيعُوا مِنْهَا غَائِبًا بِنَاجِزٍ » فن شرط فيها
التقايب في المجلس شبهها بالصرف ، ومن لم يشترط ذلك قال : إن القبض قبل
التفرق ليس شرطاً في البيوع إلا ما قام الدليل عليه ، وما قام الدليل على
الصرف فقط بقيت سائر الرويات على الأصل .

الفصل الرابع

في معرفة ما يعد صنفاً واحداً ، وما لا يعد صنفاً واحداً
واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفاً واحداً وهو المؤثر في التفاضل مما
لا يعد صنفاً واحداً في مسائل كثيرة ، لكن نذكر منها أشهرها ، وكذلك
اختلفوا في صفات الصنف الواحد المؤثر في التفاضل ، هل من شرطه أن لا يختلف
بالجوذة والرداءة ، ولا باليبس والرطوبة ؟ فأما اختلافهم فيما يعد صنفاً واحداً
مما لا يعد صنفاً واحداً ، فن ذلك القمح والشعير ، صار قوتا إلى أنهما صنف
واحد ، وصار آخرون إلى أنهما صنفان ، فبالأول قال مالك والأوزاعي ،
وحكاة مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب ؛ وبالثاني قال الشافعي وأبو حنيفة ،
وعملتهما السماع والقياس . أما السماع فقولته صلى الله عليه وسلم « لَا تَبِيعُوا
الْبُرَّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ » فجعلهما صنفين ، وأيضاً
فإن في بعض طرق حديث عبادة بن الصامت « وَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ
كَيْفَ شِئْتُمْ ، وَالْبُرَّ بِالشَّعِيرِ كَيْفَ شِئْتُمْ ، وَالنَّخْلَ بِالتِّجْمَرِ كَيْفَ

شَيْئٌ يَدَا يَبِيدُ » ذكره عبد الرزاق ووکیع عن الثوري ، وصحح هذه الزيادة الترمذی . وأما القياس فلأنهما شیتان اختلفت أسماؤهما ومنافعهما ، فوجب أن يكونا صنفين ، أصله الفضة والذهب وسائر الأشياء المختلفة في الاسم والمنفعة . وأما عمدة مالك فإنه عمل سلفه بالمدينة . وأما أصحابه فاعتمدوا في ذلك أيضا السماع والقياس . أما السماع فما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ » فقالوا : اسم الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف ، فإن هذا عام يفسره الأحاديث الصحيحة . وأما من طريق القياس فإنهم عددوا كثيرا من اتفاقهما في المنافع ، والمتفقة المنافع لا يجوز التفاضل فيها باتفاق ، والسلت عند مالك والشعير صنف واحد ، وأما القطعية فلأنها عنده صنف واحد في الزكاة ، وعنه في البيوع روايتان : لإحداهما أنها صنف واحد ، والأخرى أنها أصناف . وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها ، فن غلب الاتفاق قال : صنف واحد ، ومن غلب الاختلاف قال : صنفان أو أصناف ، والأرز والدخن والجاورس عنده صنف واحد .

(مسئلة) واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم الذي لا يجوز فيه التفاضل ، فقال مالك : للحوم ثلاثة أصناف : فلهم ذوات الأربع صنف ، ولحم ذوات الماء صنف ، ولحم الطير كله صنف واحد أيضا ، وهذه الثلاثة الأصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل . وقال أبو حنيفة : كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة ، والتفاضل فيه جائز إلا في النوع الواحد بعينه . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قول أبي حنيفة ، والآخر أن جميعها صنف واحد . وأبو حنيفة يميز لحم الغنم بالبقر متفاضلا ، ومالك لا يميزه ، والشافعي لا يميز بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلا ، ومالك يميزه . وعمدة الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام « الطعام بالطعام مثلا بمثل » ولأنها إذا فارقها الحياة زالت الصفات التي كانت بها تختلف ، ويتناولها اسم اللحم تناولوا واحدا . وعمدة المالكية أن هذه أجناس مختلفة ، فوجب أن يكون لحصها مختلفا . والحنفية تعتبر الاختلاف الذي في الجنس الواحد من هذه وتقول : إن الاختلاف الذي بين الأنواع التي في الحيوان ، أعني في الجنس الواحد منه كأنك قلت الطائر هو وزن الاختلاف الذي بين التمر والبر والشعير . وبالحملة فكل طائفة تدعى أن

وزان الاختلاف الذى بين الأشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذى تراه فى اللحم ، والحنفية أقوى من جهة المعنى ، لأن تحريم التفاضل إنما هو عند اتفاق المنفعة .

(مسألة) واختلفوا من هذا الباب فى بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال : قول إنه لا يجوز بإطلاق ، وهو قول الشافعى والليث ؛ وقول إنه يجوز فى الأجناس المختلفة التى يجوز فيها التفاضل ، ولا يجوز ذلك فى المتفقة : أعنى الربوية لمكان الجهل الذى فيها من طريق التفاضل ، وذلك فى التى المقصود منها الأكل ، وهو قول مالك ، فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للأكل ، وذلك عنده فى الحيوان المأكول ، حتى أنه لا يميز الحى بالحي إذا كان المقصود الأكل من أحدهما ، فهى عنده من هذا الباب ، أعنى أن امتناع ذلك عنده من جهة الربا والمزابنة ؛ وقول ثالث إنه يجوز مطلقا ، وبه قال أبو حنيفة . وسبب الخلاف معارضة الأصول فى هذا الباب لمرسى سعيد بن المسيب ، وذلك أن مالكا روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم » فن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث لأصل من أصول البيوع التى توجب التحريم قال به . ومن رأى أن الأصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين : إما أن يغلب الحديث فيجعله أصلا زائدا بنفسه أو يرده لمكان معارضة الأصول له . فالشافعى غلب الحديث وأبو حنيفة غلب الأصول . ومالك رده إلى أصوله فى البيوع ، فجعل البيع فيه من باب الربا ، أعنى بيع الشيء الربوى بأصله ، مثل بيع الزيت بالزيتون وسياق الكلام على هذا الأصل ، فإنه الذى يعرفه الفقهاء بالمزابنة ، وهى داخلة فى الربا بجهة ، وفى الغرر بجهة ، وذلك أنها ممنوعة فى الربويات من جهة الربا والغرر ، وفى غير الربويات من جهة الغرر فقط الذى سببه الجهل بالخارج عن الأصل .

(مسألة) ومن هذا الباب اختلافهم فى بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل ، فالأشهر عن مالك جوازه ، وهو قول مالك فى موطنه ، وروى عنه أنه لا يجوز ، وهو قول الشافعى وأبى حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك ؛ وقال بعض أصحاب مالك : ليس هو اختلافا من قوله ، وإنما رواية المنع إذا كان

اعتبار المثلية بالكيل ، لأن الطعام إذا صار دقيقا اختلف كيـله ، ورواية الجواز إذا كان الاعتبار بالوزن . وأما أبو حنيفة فالمنع عنـده في ذلك من قبل أن أحدهما مكـيل والآخر موزون . ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة أن يكال أو يوزن ، والعدد فيما لا يكال ولا يوزن . واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز ، فقال أبو حنيفة : لا بأس ببيع ذلك متفاضلا ومثالا ، لأنه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا ، وقال الشافعي : لا يجوز مثالا فضلا عن متفاضل ، لأنه قد غيرته الصنعة تغيرا جهلت به مقاديره التي تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك فالأشهر في الخبز عنـده أنه يجوز مثالا ، وقد قيل فيه إنه يجوز فيه التفاضل والتساوي . وأما العجين بالعجين فجائز عنـده مع المماثلة . وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله ، وإن لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أو لا تمكن ؟ فقال أبو حنيفة : تنقله ، وقال مالك والشافعي : لا تنقله . واختلفوا في إمكان المماثلة فيهما ، فكان مالك يحيز اعتبار المماثلة في الخبز واللحم بالتقدير والخزر فضلا عن الوزن . وأما إذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة ، فإن مالكا يرى في كثير منها أن الصنعة تنقله من الجنس : أعنى من أن يكون جنسا واحدا فيجيز فيها التفاضل ، وفي بعضها ليس يرى ذلك ، وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال ، فاللحم المشوى والمطبوخ عنـده من جنس واحد ، والخنطة المقلوة عنـده وغير المقازة جنسان ، وقد رام أصحابه التفصيل في ذلك ، والظاهر من مذهبه أنه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها ، وقد رام حصرها الباجي في المشتق ، وكذلك أيضا يحصر حصر المنافع التي توجب عنـده الاتفاق في شيء من الأجناس التي يقع بها التعامل ، وتمييزها من التي لا توجب ذلك : أعنى في الحيوان والعروض والنبات . وسبب العسر أن الإنسان إذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة ولم يكن عنـده قانون يعمل عليه في تمييزها إلا ما يعطيه بادي النظر في الحال جاوب فيها بجوابات مختلفة ، فإذا جاء من بعده أحد فرام أن يجري تلك الأجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه ، وأنت نخبين ذلك من كتبهم ، فهذه هي أمهات هذا الباب .

(فصل) وأما اختلافهم في بيع الربوى الرطب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل في القدر والتناجز ، فإن السبب في ذلك ما روى مالك عن سعد بن أبي وقاص أنه قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ أَيْنَقُصُّ الرُّطْبُ إِذَا جَفَّ ؟ فقالوا : نعم ، فهى عن ذلك » فأخذ به أكثر العلماء وقال : لا يجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعى وغيرهما . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك ، وخالفه في ذلك صاحبه محمد بن الحسن وأبو يوسف . وقال الطحاوى بقول أبي حنيفة . وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له ، واختلافهم في تصحيحه ، وذلك أن حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المماثلة والمساواة ، وهذا يقتضى بظاهره حال العقد لاحال المال ؛ فن غلب ظواهر أحاديث الربويات رد هذا الحديث ؛ ومن جعل هذا الحديث أصلا بنفسه قال : هو أمر زائد ومفسر لأحاديث الربويات . والحديث أيضا يختلف الناس في تصحيحه ولم يخرج الشيخان . قال الطحاوى : خولف فيه عبد الله ، فرواه يحيى بن كثير عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة » وقال : إن الذى يروى عنه هذا الحديث عن سعد بن أبي وقاص هو مجهول ، لكن جمهور الفقهاء صاروا إلى العمل به . وقال مالك في موطنه قياسا به على تعليل الحكم في هذا الحديث ، وكذلك كل رطب يابس من نوعه حرام : يعنى منع المماثلة كالعجين بالدقيق واللحم اليابس بالرطب وهو أحد قسمى المزابنة عند مالك المنهى عنها عنده ، والعريه عنده مستثناة من هذا الأصل ، وكذلك عند الشافعى ، والمزابنة المنهى عنها عند أبي حنيفة هو بيع التمر على الأرض بالتمر في رءوس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذى بينهما أعنى بوجود التساوى ، وطرده الشافعى هذه العلة في الشيثين الرطبين ، فلم يجز بيع الرطب بالرطب ، ولا العجين بالعجين مع التماثل ، لأنه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الخفاف . وخالفه في ذلك جل من قال بهذا الحديث ، وأما اختلافهم في بيع الجريد بالردىء في الأصناف الربوية ، فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد وسط في الجودة بصنفين : أحدهما أجود من ذلك البصنف ، والآخر أردأ ، مثل أن يبيع مُدَّين من تمر وسط بمدلين من تمر

أحدهما أعلى من الوسط ، والآخر أدون منه ، فإن مالكا يرد هذا لأنه يهيمه أن يكون إنما قصد أن يدفع مدين من الوسط في مد من الطيب ، فجعل معه الرديء ذريعة إلى تحليل ما لا يجب من ذلك ، ووافق الشافعي في هذا ، ولكن التحريم عنده ليس هو فنيا أحسب لهذه التهمة لأنه لا يعمل التهم ، ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل في الصفة ، وذلك أنه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الرديء عن الوسط ، وإلا فليس هناك مساواة في الصفة . ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض أو دنائير أو دراهم إذا كان الصنف الذي يجعل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان في القدر ، فالأول مثل أن يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم ، والثاني مثل أن يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكبال من التمر ودرهم ، فقال مالك والشافعي والليث : إن ذلك لا يجوز ، وقال أبو حنيفة والكوفيون : إن ذلك جائز . فسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساويا له في القيمة أو يكفي في ذلك رضا البائع ، فمن قال الاعتبار بمساواته في القيمة قال : لا يجوز لمكان الجهل بذلك ، لأنه إذا لم يكن العرض مساويا لفضل أحد الربويين على الثاني كان التفاضل ضرورة ، مثال ذلك أنه إن باع كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب أن تكون قيمة الثوب تساوى الكيل ، وإلا وقع التفاضل ضرورة . وأما أبو حنيفة فيكتفي في ذلك بأن يرضى به المتبايعان ، ومالك يعتبر أيضا في هذا سد الذريعة ، لأنه إنما جعل جاعل ذلك ذريعة إلى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه مشهورات مسائلهم في هذا الجنس .

باب في بيع الذرائع الربوية

وهنا شيء يعرض للمتبايعين إذا قال أحدهما للآخر بزيادة أو نقصان ، والمتبايعين إذا اشترى أحدهما من صاحبه الشيء الذي باعه بزيادة أو نقصان وهو أن يتصور بينهما من غير قصد إلى ذلك تباع ربوى ، مثل أن يبيع إنسان من إنسان سلعة بعشرة دنائير نقدا ثم يشتريها منه بعشرين إلى أجل ، فإذا أضيفت البيعة الثانية إلى الأولى استقر الأمر على أن أحدهما دفع عشرة دنائير

في عشرين إلى أجل ، وهذا هو الذي يعرف ببيع الآجال . فنذكر من ذلك مسألة في الإقالة ، ومسئلة من بيع الآجال إذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع ، وإنما المقصود فيه تحصيل الأصول .

(مسألة) لم يختلفوا أن من باع شيئا مّا كأنك قيلت عبدا بمائة دينار مثلا إلى أجل ، ثم ندم البائع فسأل المبتاع أن يصرف إليه مبيعه ويدفع إليه عشرة دنانير مثلا نقدا أو إلى أجل ، أن ذلك يجوز وأنه لا بأس بذلك ، وأن الإقالة عندهم إذا دخلتها الزيادة والنقصان هي بيع مستأنف ، ولا حرج في أن يبيع الإنسان الشيء بثمن ثم يشتريه بأكثر منه ، لأنه في هذه المسئلة اشترى منه البائع الأول العبد الذي باعه بالمائة التي وجبت له وبالعشرة مثاقيل التي زادها نقدا أو إلى أجل ، وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار إلى أجل والعشرة مثاقيل نقدا أو إلى أجل . وأما إن ندم المشتري في هذه المسئلة وسأل الإقالة على أن يعطى البائع العشرة المثاقيل نقدا أو إلى أجل أبعد من الأجل الذي وجبت فيه المائة ، فهنا اختلفوا ، فقال مالك ؛ لا يجوز ، وقال الشافعي : يجوز ؛ ووجه ماكره من ذلك مالك أن ذلك ذريعة إلى قصد بيع الذهب بالذهب إلى أجل وإلى بيع ذهب وعرض بذهب ، لأن المشتري دفع العشرة مثاقيل والعبد في المائة دينار التي عليه ، وأيضا يدخله بيع وسلف كأن المشتري باعه العبد بتسعين وأسلفه عشرة إلى الأجل الذي يجب عليه قبضها من نفسه لنفسه . وأما الشافعي فهذا عنده كله جائز لأنه شراء مستأنف ، ولا فرق عنده بين هذه المسئلة وبين أن تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة ، فيشتري منه غلاما بالتسعين دينارا التي عليه ويتعجل له عشرة دنانير ، وذلك جائز بإجماع . قال : وحمل الناس على التهم لا يجوز . وأما إن كان البيع الأول نقدا فلا خلاف في جواز ذلك ، لأنه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة ، إلا أن مالكا كره ذلك لمن هو من أهل العينة : أعنى الذي يداين الناس ، لأنه عنده ذريعة لسلف في أكثر منه يتوصلان إليه بما أظهرها من البيع من غير أن تكون له حقيقة . وأما البيوع التي يعرفونها ببيع الآجال ، فهي أن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل ثم يشتريها بثمن آخر إلى أجل آخر أو نقدا .

(وهنا تسع مسائل إذا لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها في مسئلتين)

واتفق في الباقي) وذلك أنه من باع شيئاً إلى أجل ثم اشتراه ، فلما أن يشتره إلى ذلك الأجل بعينه أو قبله أو بعده ، وفي كل واحد من هذه الثلاثة إما أنه يشتره بمثل الثمن الذي باعه به منه ، وإما بأقل ، وإما بأكثر يختلف من ذلك في اثنين ؛ وهو أن يشترها قبل الأجل نقداً بأقل من الثمن أو إلى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن . فعند مالك وجمهور أهل المدينة أن ذلك لا يجوز . وقال الشافعي وداود وأبو ثور يجوز ، فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الأول ، فاتهمه أن يكون إنما قصد دفع دنائير في أكثر منها إلى أجل ، وهو الربا المنهي عنه فزور لذلك هذه الصورة ليتصلا بها إلى الحرام مثل أن يقول قائل لآخر : أسلفني عشرة دنائير إلى شهر وأرد إليك عشرين ديناراً ، فيقول : هذا لا يجوز ، ولكن أبيع منك هذا الخمار بعشرين إلى شهر ، ثم أشره منك بعشرة نقداً . وأما في الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لأنه إن أعطى أكثر من الثمن في أقل من ذلك الأجل لم يتهم ، وكذلك إن اشتراها بأقل من ذلك الثمن إلى أبعد من ذلك الأجل ، ومن الحجة لمن رأى هذا الرأي حديث أبي العالية عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم : يا أم المؤمنين إنني بعت من زيد عبداً إلى العطاء بثمانمائة فاحتاج إلى ثمنه فاشترته منه قبل محل الأجل بثمانمائة ، فقالت عائشة : بثمنها شريت ، وبثمنها اشتريت ، أبلغى زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب ، قالت : رأيته إن تركت وأخذت الثمانمائة دينار ؟ قالت : نعم - *فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ* - وقال الشافعي وأصحابه : لا يثبت حديث عائشة ، وأيضاً فإن زيداً قد خالفها ، وإذا اختلفت الصحابة فذهبنا للقياس ، وروى مثل قول الشافعي عن ابن عمر . وأما إذا حدث بالمبيع نقص عند المشتري الأول ، فإن الثوري وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظر أن يشتره نقداً بأقل من ذلك الثمن وعن مالك في ذلك روايتان ، والصور التي يعتبرها مالك في البزائع في هذه البيوع هي أن يتدبر منها إلى : أنظرني أزدك ، أو إلى بيع ما لا يجوز متفاضلاً ، أو بيع ما لا يجوز نساء ، أو إلى بيع وسلف ، أو إلى ذهب وعرض بذهب

أو إلى : ضع وتعجل ، أو بيع الطعام قبل أن يستوفى ، أو بيع وصرف ، فإن هذه هي أصول الربا . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن باع طعاما بطعام قبل أن يقبضه ، فتنعه مالك وأبوحنيفة وجماعة ، وأجازة الشافعي والثوري والأوزاعي وجماعة . وحجة من كرهه أنه شبيه ببيع الطعام بالطعام نساء ، ومن أجازة لم ير ذلك فيه اعتباراً بترك القصد إلى ذلك . ومن ذلك اختلافهم فيمن اشترى طعاما بثمن إلى أجل معلوم ، فلما حل الأجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه إليه ، فاشترى من المشتري طعاما بثمن يدفعه إليه مكان طعامه الذي وجب له فأجاز ذلك الشافعي وقال : لافرق بين أن يشتري الطعام من غير المشتري الذي وجب له عليه أو من المشتري نفسه ؛ ومنع من ذلك مالك ورآه من الذريعة إلى بيع الطعام قبل أن يستوفى ، لأنه رد إليه الطعام الذي كان ترتب في ذمته ، فيكون قد باعه منه قبل أن يستوفيه . وصورة الذريعة في ذلك أن يشتري رجل من آخر طعاما إلى أجل معلوم ، فإذا حل الأجل قال الذي عليه الطعام : ليس عندي طعام ، ولكن اشترى منك الطعام الذي وجب لك على ، فقال هذا لا يصح لأنه بيع الطعام قبل أن يستوفى فيقول له : فبيع طعاما مني وأرده عليك ، فيعرض من ذلك ما ذكرناه ، أعني أن يرد عليه ذلك الطعام الذي أخذ منه ويبقى الثمن المدفوع إنما هو ثمن الطعام الذي هو في ذمته . وأما الشافعي فلا يعتبر التهم كما قلنا وإنما يراعى فيما يحل ويحرم من البيوع ما اشترطاً وذكره بالسنتهما وظهر من فعلهما لإجماع العلماء على أنه إذا قال أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها وأنظرك بها حولا أو شهراً أنه لا يجوز ، ولو قال له : أسلفني دراهم وأمهلى بها حولا أو شهراً جاز ، فليس بينهما إلا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القصد وقرضه ، ولما كانت أصول الربا كما قلنا خمسة : أنظرنى أزدك ، والتفاضل ، والنساء ، وضع وتعجل ، وبيع الطعام قبل قبضه ، فإنه يظن أنه من هذا الباب إذ فاعل ذلك يدفع دنائير ويأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل ولا ضمان يتعلق بذمته ، فينبغي أن نذكر ههنا هذين الأصلين : أما : وضع وتعجل فأجازة ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الأمصار ، ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبوحنيفة والثوري وجماعة من فقهاء الأمصار ، واختلف قول الشافعي في ذلك ، فأجاز مالك وجهور من

ينكر : ضع وتعجل ، أن يتعجل الرجل في دينه المؤجل عرضاً يأخذه وإن كانت قيمته أقل من دينه . وعمدة من لم يميز : ضع وتعجل أنه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتبع على تحريمها ، ووجه شبهه بها أنه جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه في الموضعين جميعا ، وذلك أنه هنالك لما زاد له في الزمان زاد له عرضه ثمنا ، وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه في مقابلته ثمنا . وعمدة من أجازاه ما روى عن ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر بإخراج بني النضير جاءه ناس منهم فقالوا : يا نبي الله إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ضَعُوا وَتَعَجَّلُوا » فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث . وأما بيع الطعام قبل قبضه ، فإن العلماء مجمعون على منع ذلك إلا ما يحكى عن عثمان البتي . وإنما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهي عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ ابْتِاعَ طَعَاماً فَلَا يَبْعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ » . واختلف من هذه المسئلة في ثلاثة مواضع أحدها : فيما يشترط فيه القبض من المبيعات . والثاني : في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط . والثالث : في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزافا ، ففيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول فيما يشترط فيه القبض من المبيعات

وأما بيع ما سوى الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهب مالك في إجازته وأما الطعام الربوي فلا خلاف في مذهبه أن القبض شرط في بيعه . وأما غير الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان : إحداهما المنع وهي الأشهر ، وبها قال أحد أبو ثور ، إلا أنهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن . والرواية الأخرى الجواز . وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط في كل مبيع ماعدا المبيعات التي لا تنتقل ولا تحول من الدور والعقار . وأما الشافعي فإن القبض عنده شرط في كل مبيع ، وبه قال الثوري ، وهو مروي عن جابر بن عبد الله وابن عباس ، وقال أبو عبيد وإسحاق : كل شيء لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه ، فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزون ، وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز

ابن أبي سلمة وربيعه، وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المعدود، فيتحصل في اشتراط القبض سبعة أقوال : الأول : في الطعام الربوي فقط . والثاني : في الطعام بإطلاق : الثالث : في الطعام المكيل والموزون . الرابع : في كل شيء ينقل . الخامس : في كل شيء . السادس في المكيل والموزون . السابع : في المكيل والموزون والمعدود . أما عمدة مالك في منعه ما عدا المنصوص عليه فدلليل الخطاب في الحديث المتقدم . وأما عمدة الشافعي في تعميم ذلك في كل بيع فعموم قوله عليه الصلاة والسلام « لَا يَحِلُّ بَيْعٌ وَسَكْفٌ وَلَا رِبْحٌ مَا كَمْ يُضْمَنُ وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » وهذا من باب بيع ما لم يضمن ، وهذا مبني على مذهبه من أن القبض شرط في دخول المبيع في ضمان المشتري ، واحتج أيضا بحديث حكيم بن حزام قال : قلت « يا رسول الله إني أشتري ببوعا فما يحل لي منها وما يحرم ؟ فقال : يا ابن أخي إذا اشتريتَ بَيْعاً فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ » قال أبو عمر : حديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبي كثير عن يوسف بن ماهك أن عبد الله بن عصفه حدثه أن حكيم بن حزام قال : ويوسف بن ماهك وعبد الله بن عصفه لأعراف لهما جرحه إلا أنه لم يرو عنهما إلا رجل واحد فقط ، وذلك في الحقيقة ليس بجرحة وإن كرهه جماعة من المحدثين . ومن طريق المعنى أن بيع ما لم يقبض يتطرق منه إلى الربا ، وإنما استثنى أبو حنيفة ما يحول وينقل عنده مما لا ينقل ، لأن ما ينقل القبض عنده فيه هي التخلية . وأما من اعتبر الكيل والوزن ، فلاتفاقهم أن المكيل والموزون لا يخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري إلا بالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع ما لم يضمن .

الفصل الثاني

في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط

وأما ما يعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر ، فإن العقود تنقسم أولا إلى قسمين : قسم يكون بمعاوضة ، وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات . والذي يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام : أحدها يختص بقصد المعاينة والمكايسة وهي البيوع والإيجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدي وغيره .

والقسم الثاني لا يختص بقصد المغالبة ، وإنما يكون على جهة الفرق وهو القرض .
والقسم الثالث فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعا : أعنى على قصد المغالبة
وعلى قصد الفرق ، كالشركة والإقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء في هذه
الأقسام . أما ما كان بيعا وبعوض فلا خلاف في اشتراط القبض فيه ، وذلك
في الشيء الذى يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء . وأما ما كان
خالصا للرفق : أعنى القرض ، فلا خلاف أيضا أن القبض ليس شرطا في بيعه
أعنى أنه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه . واستثنى أبو حنيفة
ما يكون بعوض المهر والخلع ، فقال : يجوز بيعهما قبل القبض . وأما العقود
التي تردد بين قصد الفرق والمغالبة وهي التولية والشركة والإقالة ، فإذا وقعت
على وجه الفرق من غير أن تكون الإقالة أو التولية بزيادة أو نقصان ، فلا
خلاف أعلمه في المذهب أن ذلك جائز قبل القبض وبعده ، وقال أبو حنيفة والشافعى :
لا تجوز الشركة ولا التولية قبل القبض ، وتجوز الإقالة عندهما لأنها قبل القبض
فسخ بيع لا بيع . فعمدة من اشترط القبض في جميع المعاولات أنها في معنى
البيع المنهى عنه ، وإنما استثنى مالك من ذلك التولية والإقالة والشركة للأثر
والمنع . أما الأثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال « مَنْ ابْتِئَاعَ طَعَاماً فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ » إلا ما كان
من شركة أو تولية أو إقالة . وأما من طريق المنع فإن هذه إنما يراد بها الفرق
لالمغالبة إذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان ، وإنما استثنى من ذلك أبو حنيفة
الصداق والخلع والجلع ، لأن العوض في ذلك ليس بيئنا إذا لم يكن عينا .

الفصل الثالث

في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزافا

وأما اشتراط القبض فيما يبيع من الطعام جزافا ، فإن مالكا رخص فيه وأجازه
وبه قال الأوزاعى ، ولم يحز ذلك أبو حنيفة والشافعى . وحجتهم عموم الحديث
للتضمن للنهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، لأن الذريعة موجودة في الجزاف
وغير الجزاف . ومن الحجة لهما ما روى عن ابن عمر أنه قال « كنا في زمان
رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الصعام بجزافا ، فبعث إلينا من يأمرنا

بانتقاله من المكان الذى ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه ، قال أبو عمر : وإن كان مالك لم يرو عن نافع في هذا الحديث ذكر الجزاف ، فقد روته جماعة وجوده عبيد الله بن عمر وغيره ، وهو مقدم في حفظ حديث نافع . وعمدة المالكية أن الجزاف ليس فيه حق توفية ، فهو عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد ، وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة ، وقد يدخل في هذا الباب إجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئاً لا يملكه ، وهو المسمى عينة عند من يرى نقله من باب اللريعة إلى الربا . وأما من رأى منعه من جهة أنه قد لا يمكنه نقله فهو داخل في بيع الغرر ؛ وصورة التلذع منه إلى الربا المنهى عنه أن يقول رجل لرجل : أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك إلى مدة كذا ضعفها ، فيقول له : هذا لا يصلح ، ولكن أبيع منك سلعة كذا لسلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد ، ثم يعمد هو فيشتري تلك السلعة فيقبضها له بعد أن كمل البيع بينهما ، وتلك السلعة قيمتها قريب مما كان سألها أن يعطيه من الدراهم قرضاً فيرد عليه ضعفها ، وفي المذهب في هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ، ولا خلاف في هذه الصورة التي ذكرنا أنها غير جائزة في المذهب : أعني إذا تقارراً على الثمن الذى يأخذ به السلعة قبل شرائها . وأما الدين بالدين ، فأجمع المسلمون على منعه . واختلفوا في مسائل هل هي منه أم ليست منه ؟ مثل ما كان ابن القاسم لا يجيز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه تمراً قد بدا صلاحه ولا سكنى دار ولا تجارية تتواضع ، ويراه من باب الدين بالدين . وكان أشهب يجيز ذلك ويقول : ليس هذا من باب الدين بالدين ، وإنما الدين بالدين ما لم يشرع في أخذ شيء منه ، وهو قياس عند كثير من المالكيين ، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة . وما أجازاه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ما قاله في المدونة من أن الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن إلى العطاء ، فيأخذ المبتاع كل يوم وزناً معلوماً قال : ولم ير الناس بذلك بأساً ، وكذلك كل ما يبتاع في الأسواق ، وروى ابن القاسم أن ذلك لا يجوز إلا فيما خشي عليه الفساد من الفواكه إذا أخذ جميعه . وأما القمح وشبهه فلا ، فهذه هي أصول هذا الباب ، وهذا الباب كله إنما حرم في الشرع لمكان الغبن الذى يكون طوعاً وعين علم .

الباب الثالث

وهى البيوع المنهى عنها من قبل الغبن الذى سببه الغرر ، والغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل على أوجه : إما من جهة الجهل بتعيين العقود عليه ، أو تعيين العقد ، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والشمون المبيع ، أو بقدرة أو بأجله إن كان هنالك أجل ، وإما من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه ، وهذا راجع إلى تعذر التسليم ، وإما من جهة الجهل بسلامته : أعنى بقاءه ، وههنا بيوع تجمع أكثر هذه أوبعضها . ومن البيوع التى توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها ، والمنطوق به أكثره متفق عليه ، وإنما يختلف فى شرح أسماؤها ، والمسكوت عنه مختلف فيه . ونحن نذكر أولاً المنطوق به فى الشرع ، وما يتعلق به من الفقه ، ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار ليكون كالقانون فى نفس الفقه : أعنى فى رد الفروع إلى الأصول . فأما المنطوق به فى الشرع فنه « نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحيلة » ومنها « نهيه عن بيع ما لم يخلق ، وعن بيع الثمار حتى تزهى ، وعن بيع الملامسة والمنابذة ، وعن بيع الحصاة » ومنها « نهيه عن المعاومة ، وعن بيعتين فى بيعة ، وعن بيع وشرط ، وعن بيع وسلف ، وعن بيع السنبلى حتى يبيض والعنب حتى يسود » « ونهيه عن المضامين والملاقيح » . أما بيع الملامسة فكانت صورته فى الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره أو يبتاعه ليلا ، ولا يعلم ما فيه ، وهذا مجمع على تحريمه ، وسبب تحريمه الجهل بالصفة . وأما بيع المنابذة فكان أن يئخذ كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا ، بل كانوا يجعلون ذلك راجعا إلى الاتفاق . وأما بيع الحصاة ، فكانت صورته عندهم أن يقول المشتري : أى ثوب وقعت عليه الحصاة التى أرى بها فهولى ، وقيل أيضا لأنهم كانوا يقولون : إذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع وهذا قمار . وأما بيع حبل الحيلة ففيه تأويلان : أحدهما أنها كانت بيوعا يؤجلونها إلى أن تنتج الناقة ما فى بطنها ثم ينتج ما فى بطنها ، والغرر من جهة الأجل فى هذا بَيِّن ؛ وقيل إنما هو بيع جنين الناقة ، وهذا من باب النهى عن

بيع المضامين والملاقيح . والمضامين : هي ما في بطون الحوامل ، والملاقيح . ما في ظهور الفحول ، فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها ، وهي محرمة من تلك الأوجه التي ذكرناها . وأما بيع الثمار ، فإنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى ترهى » ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر منها نحن عيونها . وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن تكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق ، ثم إذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله ، ثم إذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن ترهى أو بعد أن ترهى ، وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بشرط التبقية أو بشرط القطع . أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك ، لأنه من باب النهى عن بيع ما لم يخلق ، ومن باب بيع السنين والمعومة . وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعومة ، وهي بيع الشجر أعواما » إلا ما روى عن عمر ابن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يميزان بيع الثمار سنين . وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف في جوازه . وأما بيعها بعد أن خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذي نذكره ، إلا ما روى عن أبي سلمة بن عبد الرحمن ، وعن عكرمة أنه لا يجوز إلا بعد الصرام ، فإذا قلنا بقول الجمهور إنه يجوز قبل الصرام ، فلا يخلو أن تكون بعد أن ترهى أو قبل أن ترهى ، وقد قلنا إن ذلك لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بيعا بشرط القطع أو بشرط التبقية . فأما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف في جوازه إلا ما روى عن الثوري وابن أبي ليلى من منع ذلك ، وهي رواية ضعيفة . وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في أنه لا يجوز إلا ما ذكره اللخمي من جوازه تخريجا على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقا ، فاختلف في ذلك فقهاء الأمصار ، فجمهورهم على أنه لا يجوز : مالك والشافعي وأحمد وإسحاق والليث والثوري وغيرهم . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك إلا أنه يلزم المشتري عنده فيه القطع لامن جهة ما هو بيع ما لم يره بل من جهة أن ذلك شرط عنده في بيع الثمر على ما سياتي بعد . أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو ، فالحديث الثابت عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى

يبدو صلاحها ، نهى البائع والمشتري « فعلم أن ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية ، وأن هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ، ولما ظهر للجمهور أن المعنى في هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالبا قبل أن تزهي لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو « أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ فَمِمَّ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ ؟ » لم يحمل العلماء النهى في هذا على الإطلاق : أعنى النهى عن البيع قبل الإزهاء بل رأى أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية إلى الإزهاء ، فأجازوا بيعها قبل الإزهاء بشرط القطع . واختلفوا إذا ورد البيع مطلقا في هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز ، أو على التبقية الممنوعة ؟ فن حمل الإطلاق على التبقية ، أو رأى أن النهى يتناوله بعمومه قال : لا يجوز ؛ ومن حمله على القطع قال : يجوز ، والمشهور عن مالك أن الإطلاق محمول على التبقية ، وقد قيل عنه إنه محمول على القطع . وأما الكوفيون فمحتجهم في بيع الثمار مطلقا قبل أن تزهي حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبْرَتْ فَشَمَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ » قالوا : فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفردا ، وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن تزهي على الندب ، واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال : « كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، فإذا جد الناس وحضر تقاضيتهم قال المبتاع : أصاب الثمر الزمان أصابه ما أضر به قشام ومراض لغاهات يذكرونها ، فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالمشورة يشير بها عليهم : لا تتبعوا الثمر حتى يبدو صلاحها » وربما قالوا : إن المعنى الذى دل عليه الحديث في قوله « حتى يبدو صلاحها » هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ فَمِمَّ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ ؟ » وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأى أبى حنيفة في أن من ضرورة بيع الثمار القطع أن يحيز بيع الثمر قبل بلوغ صلاحها على شرط التبقية ، فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الإزهاء على الخصوص : أعنى إذا بيع الثمر مع الأصل . وأما شراء الثمر مطلقا بعد الزهو فلا خلاف فيه ، والإطلاق

فيه عند جمهور فقهاء الأمصار يقتضى التبقية ، بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « أرأيت إن منع الله الثمرة » الحديث . ووجه الدليل منه أن الجوائح إنما تطرأ في الأكثر على الثمار قبل بدو الصلاح ، وأما بعد بدو الصلاح فلا تظهر إلا قليلا ، ولو لم يجب في المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جائزة تتوقع ، وكان هذا الشرط باطلا . وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية ، والإطلاق عندهم كما قلنا نحمول على القطع ، وهو خلاف مفهوم الحديث ، وخجبتهم أن نفس بيع الشيء يقتضى تسليمه وإلا لحقه الغرر ، ولذلك لم يجوز أن تباع الأعيان إلى أجل . والجمهور على أن يبيع الثمار ويستثنى من بيع الأعيان إلى أجل لكون الثمر ليس يمكن أن ييبس كله دفعة ، فالكوفيون خالفوا الجمهور في بيع الثمار في موضعين : أحدهما في جواز بيعها قبل أن تزهى . والثاني في منع تبقيتها بالشرط بعد الإزهاء أو بمطلق العقد ، وخلافهم في الموضع الأول أقوى من خلافهم في الموضع الثاني : أعنى في شرط القطع وإن أزهى ، وإنما كان خلافهم في الموضع الأول أقرب ، لأنه من باب الجمع بين حديثي ابن عمر المتقدمين ، لأن ذلك أيضا مروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير ، وأما بدو الصلاح الذى جوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع بعده ، فهو أن يصفّر فيه البسر ويسود فيه العنب إن كان مما يسود ، وبالحملة أن تظهر في الثمرة صفة الطيب ، هذا هو قول جماعة فقهاء الأمصار لما رواه مالك عن حميد عن أنس « أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى يزهى ، فقال : حتى يحمّر » وروى عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن بيع العنب حتى يسود ، والحب حتى يشتد » وكان زيد بن ثابت في رواية مالك عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا ، وذلك لاثنتي عشرة ليلة خلت من أيار وهو مايو ، وهو قول ابن عمر أيضا . « سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم إنه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات ، فقال عبد الله بن عمر : ذلك وقت طلوع الثريا » وروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا طلع النجم صياحا رفعت العاهات عن أهل البسكة » وروى ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس أن يباع الحائط وإن لم يزه إذا أزهى ما حوله من الحيطان إذا كان الزمان قلبا أمنت فيه العاهة ، يريد - والله أعلم - طلوع الثريا ، إلا أن المشهور عنه أنه

لا يباع حائط حتى يبلو فيه الزهو، وقد قيل إنه لا يعتبر مع الإزهاء طلوع الثريا. فالحاصل في بلو الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال : قول إنه الإزهاء ، وهو المشهور ، وقول إنه طلوع الثريا، وإن لم يكن في الحائط في حين البيع إزهاء ؛ وقول : الأمران جميعا . وعلى المشهور من اعتبار الإزهاء يقول مالك إنه إذا كان في الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبيع كل صنف منها إلا بظهور الطيب فيه ، وخالفه في ذلك الليث . وأما الأنواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض، وبدو الصلاح المعتبر عن مالك في الصنف الواحد من الثمر هو وجود الإزهاء في بعضه لافي كله إذا لم يكن ذلك الإزهاء مبكرا في بعضه تبكيرا يترأخى عنه البعض بل إذا كان متابعا ، لأن الوقت الذى تنجو الثمرة فيه في الغالب من العاهات هو إذا بدا الطيب في الثمرة ابتداء متناسقا غير منقطع . وعند مالك أنه إذا بدا الطيب في نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له إذا كان نخل البساتين من جنس واحد . وقال الشافعى : لا يجوز إلا بيع نخل البستان الذى يظهر فيه الطيب فقط . ومالك اعتبر الوقت الذى تؤمن فيه العاهة إذا كان الوقت واحدا لمزوع الواحد . والشافعى اعتبر نقصان خلقة الثمر ، وذلك أنه إذا لم يطب كان من بيع ما لم يخلق ، وذلك أن صفة الطيب فيه وهى مشرة لم تخلق بعد ، لكن هذا كما قال لا يشترط في كل ثمرة بل في بعض ثمرة جنة واحدة ، وهذا لم يقل به أحد ، فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار . ومن المسموع الذى اختلفوا فيه من هذا الباب ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهى عن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود ، وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لا يجوز بيع الخنطة في سنبليها دون السنبل ، لأنه يبيع ما لم تعلم صفته ولا كثرته . واختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحب ، فجوز ذلك جمهور العلماء : مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة ؛ وقال الشافعى : لا يجوز بيع السنبل نفسه وإن اشتد ، لأنه من باب الغرر وقياسا على بيعه مخلوطا ببقبه بعد الدرس . وحجة الجمهور شيان : الأثر والقياس . فأما الأثر فما روى عن نافع عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى ترهى ، وعن السنبل حتى تبيض وتأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري » وهى زيادة على

مارواه مالك من هذا الحديث ، والزيادة إذا كانت من الثقة مقبولة وروى عن الشافعي أنه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله ، وذلك أنه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث . وأما بيع السنبل إذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك إلا على القطع . وأما بيع السنبل غير محصود ، ففيل عن مالك يجوز ، وقيل لا يجوز ، إلا إذا كان في حزمه . وأما بيعه في تبنة بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيما أحسب ، هذا إذا كان جزافا ، فأما إذا كان مكيلا فجائز عند مالك ، ولا أعرف فيه قولاً لغيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبل إذا طاب على من يكون حصاده ودرسه ؛ فقال الكوفيون : على البائع حتى يعمل حبا للمشتري ؛ وقال غيرهم : هو على المشتري . ومن هذا الباب ما ثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة » وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وأبي هريرة ، قال أبو عمر : وكلها من نفل العدول ، فاتفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموما ؛ واختلفوا في التفصيل ، أعنى في الصورة التي ينطلق عاها هذا الاسم من التي لا ينطلق عاها واتفقوا أيضا على بعضها ، وذلك يتصور على وجه ثلاثة : أحدها إما في مثنوين بشمين ، أو مثنون واحد بشمين ، أو مثنوين بشمن واحد على أن أحد البيعين قد لزم . أما في مثنوين بشمين ، فإن ذلك يتصور على وجهين : أحدهما أن يقول له : أبيعك هذه السلعة بشمن كذا على أن تبغى هذه الدار بشمن كذا ؛ والثاني أن يقول له : أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين . وأما بيع مثنون واحد بشمين ، فإن ذلك يتصور أيضا على وجهين : أحدهما أن يكون أحد المثنين نقدا والآخر نسيئة ، مثل أن يقول له : أبيعك هذا الثوب نقدا بشمن كذا على أن أشتريه منك إلى أجل كذا بشمن كذا . وأما مثنونان بشمن واحد ، فمثل أن يقول له : أبيعك أحد هذين بشمن كذا . فأما الوجه الأول ، وهو أن يقول له : أبيعك هذه الدار بكذا على أن تبغى هذا الغلام بكذا ، فنص الشافعي على أنه لا يجوز ، لأن الثمن في كليهما يكون مجهولا ، لأنه لو أفرد المبيعين لم يتفقا في كل واحد منهما على الثمن الذى اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد . وأصل الشافعي في رد بيعتين في بيعة إنما هو جهل ثمن أو المثنون . وأما الوجه الثانى ، وهو أن يقول : أبيعك هذه السلعة

بدينار أو هذه الأخرى بدينارين على أن البيع قد لزم في أحدهما فلا يجوز عند الجميع ، وسواء كان النقد واحدا أو مختلفا ؛ وخالف عبد العزيز بن أبي سلمة في ذلك ، فأجازه إذا كان النقد واحدا أو مختلفا ، وعلة منعه عند الجميع الجهل ؛ وعند مالك من باب سد الدرائع لأنه ممكن أن يختار في نفسه أحد الثوبين ، فيكون قد باع ثوبا ودينارا بثوب ودينار ، وذلك لا يجوز على أصل مالك . وأما الوجه الثالث ، وهو أن يقول له : أبيعك هذا الثوب نقدا بكذا أونسيئة بكذا ، فهذا إذا كان البيع فيه واجبا فلا خلاف في أنه لا يجوز ، وأما إذا لم يكن البيع لازما في أحدهما فأجازه مالك ، ومنعه أبو حنيفة والشافعي ، لأنهما افترقا على ثمن غير معلوم ؛ وجعله مالك من باب الخيار ، لأنه إذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمينين في الآخر ، وهذا عند مالك هو المانع ، فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعي وأبي حنيفة من جهة جهل الثمن ، فهو عندهما من بيع الغرر التي نهى عنها ؛ وعلة امتناعه عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا لإمكان أن يكون الذي له الخيار قد اختار أولا إنفاذ العقد بأحد الثمينين المؤجل أو المعجل ثم بدا له ولم يظهر ذلك ، فيكون قد ترك أحد الثمينين للثمن الثاني ، فكأنه باع أحد الثمينين بالثاني ، فيدخله ثمن بضمن نسيئة ، أو نسيئة ومتفاضلا ، وهذا كله إذا كان الثمن نقدا ، وإن كان الثمن غير نقد بل طعاما دخله وجه آخر ، وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلا . وأما إذا قال : أشتري منك هذا الثوب نقدا بكذا على أن تبيعه مني إلى أجل ، فهو عندهم لا يجوز بإجماع ، لأنه من باب العينة وهو بيع الرجل ما ليس عنده ، ويدخله أيضا علة جهل الثمن . وأما إذا قال له : أبيعك أحد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه أحدهما أيهما اختار وافترقا قبل الخيار ، فإن كان الثوبان من صنفين وهما مما يجوز أن يسلم أحدهما في الثاني فإنه لا خلاف بين مالك والشافعي في أنه لا يجوز ؛ وقال عبد العزيز بن أبي سلمة : إنه يجوز ، وعلة المنع الجهل والغرر . وأما إن كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ، ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي ؛ وأما مالك فإنه أجازه لأنه يميز الخيار بعد عقد البيع في الأصناف المستوية لقلّة الغرر عنده في ذلك ؛ وأما من لا يميزه فعتبره بالغرر الذي لا يجوز ، لأنهما افترقا على بيع غير معلوم . وبالحكمة

خالفه فقهاء متفقون على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز ، وأن القليل يجوز .
ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر ، فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير ، وبعضهم
يلحقها بالغرر القليل المباح لتردها بين القليل والكثير ؛ فإذا قلنا بالجواز على
مذهب مالك ، فقبض الثوبين من المشتري على أن يختار فهلك أحدهما
أو أصابه عيب فمن يصيبه ذلك ؟ فقبل تكون المصيبة بينهما ، وقيل بل يضمه
كله المشتري ، إلا أن تقوم البينة على هلاكه ؛ وقيل فرق في ذلك بين الثياب
وما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه كالعبد فيضمن فيما يغاب عليه ولا يضمن
فيما لا يغاب عليه . وأما هل يلزمه أخذ الباقي ؟ قيل يلزم ، وقيل لا يلزم ،
وهذا يذكر في أحكام البيوع . وينبغي أن نعلم أن المسائل الداخلة في هذا المعنى
هي : أما عند فقهاء الأمصار فمن باب الغرر ؛ وأما عند مالك فمنها ما يكون
عنده من باب ذرائع الربا ، ومنها ما يكون من باب الغرر ، فهذه هي المسائل
التي تتعلق بالمنطوق به في هذا الباب . وأما نهي عن بيع الثياب وعن بيع وشرط
فهو وإن كان سببه الغرر فالأشبه أن نذكرها في المبيعات الفاسدة من قبل
الشروط .

(فصل) وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب اختلف فيها بين فقهاء
الأمصار فكثيرة ، لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالقانون للمجتهد النظار .
(مسألة) المبيعات على نوعين : مبيع حاضر مرئي ، فهذا لا خلاف في بيعه .
ومبيع غائب أو متعذر الرؤية ، فهنا اختلف العلماء ؛ فقال قوم : بيع الغائب
لا يجوز بحال من الأحوال لا ما وصف ولا ما لم يوصف ، وهذا أشهر قولي
الشافعي وهو المنصوص عند أصحابه ، أعني أن بيع الغائب على الصفة لا يجوز ؛
وقال مالك وأكثر أهل المدينة : يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته
ما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز بيع العين
الغائبة من غير صفة ، ثم لم إذا رآها الخيار ، فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده .
وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة ؛
وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم ؛ وعند الشافعي لا ينعقد البيع أصلا
في الموضعين ؛ وقد قيل في المذهب : يجوز بيع الغائب من غير صفة على
شرط الخيار خيار الرؤية ، وقع ذلك في المدونة ، وأنكره عبد الوهاب وقال :

هو مخالف لأصولنا . وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالחס هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير ، أم ليس بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه ؟ فالشافعي رآه من الغرر الكثير ، ومالك رآه من الغرر اليسير ، وأما أبو حنيفة فإنه رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية أنه لا غرر هناك وإن لم تكن له رؤية ، وأما مالك فرأى أن الجهل المقتن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع ، ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي تنشره ، وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ، ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ، ولم يحز عنده بيع السلاح في جرابه ، ولا الثوب المطوى في طيه حتى ينشر أو ينظر إلى ما في جرابها . واحتج أبو حنيفة بما روى عن ابن المسيب أنه قال قال أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم : ودنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن ابن عوف تباعا حتى نعلم أيهما أعظم جدا في التجارة ، فاشتري عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرسا بأرض له أخرى بأربعين ألفا وأربعة آلاف ، فذكر تمام الخبر ، وفيه بيع الغائب مطلقا ، ولا بد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس ، ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر آخر ، وهو هل هو موجود وقت العقد أو معدوم ؟ ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة إلا أن يكون مأمونا كالعقار ، ومن ههنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة ، أعني إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تتغير فيه فاعلمه .

(مسئلة) وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل ، وأن من شرطها تسليم المبيع إلى المتاع بأثر عقد الصفقة ، إلا أن مالكا وربيعه وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرقيقة على شرط المواضعة ، ولم يجوزوا فيها النقد كما لم يحزه مالك في بيع الغائب ، وإنما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين . ومن عدم التسليم ، ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب ، أعني لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لامن باب الربا ، وقد تكلمنا في علة الدين بالدين ، ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم أنه لا يجوز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه تمرا قد بدا صلاحه ويراه من باب الدين بالدين ، وكان أشهب يحبز ذلك ويقول : إنما الدين بالدين ما لم

يشرع في قبض شيء منه ، أعنى أنه كان يرى أن قبض الأوائل من الأثمان يقوم مقام قبض الأواخر ، وهو القياس عند كثير من المالكيين ، وهو قول الشافعى وأبى حنيفة .

(مسألة) أجمع فقهاء الأمصار على بيع التمر الذى يثمر بطنا واحدا يطيب بعضه وإن لم تطب جلته معا ، واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة ؛ وتحصيل مذهب مالك فى ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصل أو لا تتصل ، فإن لم تتصل لم يكن بيع ما لم يخلق منها داخلا فيما خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ، ثم إن اتصلت فلا يخلو أن تتميز البطون أو لا تتميز ، فثالث المتميز جزء القصيل الذى يُجز مدة بعد مدة . ومثالث غير المتميز المباطخ والمقائى والباذنجان والقرع ، فى الذى يتميز عنه وينفصل روايتان : إحداهما الجواز والأخرى المنع . وفى الذى يتصل ولا يتميز قول واحد وهو الجواز ، وخالفه الكوفيون وأحمد وإسحاق والشافعى فى هذا كله ، فقالوا : لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر . وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن خبس أوله على آخره ، فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه ، أصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب ، لأن الغرر فى الصفة شبهه بالغرر فى عين الشيء ، وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة فى بيع الثمار ، أعنى ما طاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة ، والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ، ولذلك منع على إحدى الروايتين عنده بيع القصيل بطنا أكثر من واحد لأنه لا ضرورة هناك إذا كان متميزا . وأما وجه الجواز فى القصيل فتشبيها له بما لا يتميز وهو ضعيف . وأما الجمهور فإن هذا كله عندهم من بيع ما لم يخلق ، ومن باب النهى عن بيع الثمار معاومة . واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل ، ولم يجزه الشافعى إلا مقلوعا ، لأنه من باب بيع المغيب ؛ ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا فى قشره ، أجزاه مالك ، ومنعه الشافعى . والسبب فى اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر فى البيوع أم ليس من المؤثر ؟ وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذى تدعو إليه الضرورة ، أو ما جمع الأمرين . ومن هذا الباب بيع السمك فى الغدير

أو البركة اختلفوا فيه أيضا ، فقال أبو حنيفة : يجوز ، ومنعه مالك والشافعي فيما أحسب ، وهو الذى تقتضى أصوله . ومن ذلك بيع الآبق أجزاه قوم بإطلاق ، ومنعه قوم بإطلاق ومنهم الشافعي ؛ وقال مالك : إذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جازا ، وأظنه اشترط أن يكون معلوم الإباق ويتواضعان الثمن ، أعنى أنه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشتري ، لأنه يتردد عند العقد بين بيع وسلف ، وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد في بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المأمون ، وفيما كان من هذا الجنس . ومن قال بجواز بيع الآبق والبعر الشارد عثمان البتي . والحجة للشافعي حديث شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء العبد الآبق ، وعن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع » ، وعن شراء ما في ضروعها ، وعن شراء الغنائم حتى تقسم » وأجاز مالك بيع ابن الغنم أياما معدودة إذا كان ما يحلب منها معروفا في العادة ، ولم يجز ذلك في الشاة الواحدة ؛ وقال سائر الفقهاء : لا يجوز ذلك إلا بكيل معلوم بعد الحلب . ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم في جلده . ومن هذا الباب بيع المريض أجزاه مالك إلا أن يكون ميثوسا منه ؛ ومنعه الشافعي وأبو حنيفة ، وهى رواية أخرى عنه ، ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصواغين ، فأجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه أو بعرض ، ولم يجز بيع تراب الصاغة ؛ ومنع الشافعي البيع في الأمرين جميعا ، وأجزاه قوم في الأمرين جميعا ، وبه قال الحسن البصري ، فهذه هى البيوع التى يختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفية . وأما اعتبار الكمية فإنهم اتفقوا على أنه لا يجوز أن يباع شيء من المكيل أو الموزون أو الملعود أو المسوح إلا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشتري ؛ واتفقوا على أن العلم الذى يكون بهذه الأشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج الملعونة مؤثر في صحة البيع ، وفي كل ما كان غير معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشتري من جميع الأشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والمسوحة ، وأن العلم بمقادير هذه الأشياء التى تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذى يسمونه الجزاف يجوز في أشياء ويمنع في أشياء . وأصل مذهب مالك في ذلك أنه يجوز في كل ما المقصود منه الكثرة لا آحاد وهو عنده على أصناف : منها ما أصله

الكيل ويجوز جزافا ، وهى المكيلات والموزونات ؛ ومنها ما أصله الجزاف . ويكون مكيلا ، وهى المسوحات كالأرضين والثياب ؛ ومنها ما لا يجوز فيها التقدير أصلا بالكيل والوزن ، بل إنما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزافا ، وهى كما قلنا التى المقصود منها آحاد أعيانها . وعند مالك أن التبر والفضة الغير المسكوكين يجوز بيعهما جزافا ولا يجوز ذلك فى الدراهم والدنانير ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : يجوز ويكره . ويجوز عند مالك أن تباع الصبرة المجهولة على الكيل : أى كل كيل منها بكذا ، فإكان فيها من الأكبال وقع من تلك القيمة بعد كيلها والعلم بمبلغها ؛ وقال أبو حنيفة : لا يلزم إلا فى كيل واحد وهو الذى سميها . ويجوز هذا البيع عند مالك فى العبيد والثياب وفى الطعام ، ومنعه أبو حنيفة فى الثياب والعبيد ، ومنع ذلك غيره فى الكل فيما أحسب للجهل بمبلغ الثمن . ويجوز عند مالك أن يصدق المشتري البائع فى كيلها إذا لم يكن البيع نسيئة ، لأنه يهّمه أن يكون صدقه ليظهره بالثمن ؛ وعد غيره لا يجوز ذلك حتى يكتالها المشتري لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى تجرى فيه الصيعان ؛ وأجازوه قوم على الإطلاق ؛ ومن منعه أبو حنيفة والشافعى وأحمد ؛ ومن أجازوه بإطلاق بطاء بن أبى رباح وابن أبى مليكة ؛ ولا يجوز عند مالك أن يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزافا من يجهل الكيل ؛ ولا يجوز عند الشافعى وأبى حنيفة . والمزانة المنهى عنها هى عند مالك من هذا الباب ، وهى بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية ، وذلك أما فى الربويات فلموضع التفاضل ، وأما فى غير الربويات فلعدم تحقق القدر .

الباب الرابع فى بيع الشروط والثنيا

وهذه البيوع الفاسد الذى يكون فيها هو راجع إلى الفساد الذى يكون من قبل الغرر ، ولكن لما تضمنها النص وجب أن تجعل قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة . والأصل فى اختلاف الناس فى هذا الباب ثلاثة أحاديث : أحدها حديث جابر قال « ابتاع منى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيرا وشرط ظهره إلى المدينة » وهذا الحديث فى الصحيح . والحديث الثانى حديث بريدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « كل شرط ليس فى كتاب

الله فهو باطل ولو كان مائة شرط والحديث متفق على صحته . والثالث حديث جابر قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ، ورخص في العرايا » وهو أيضا في الصحيح خرجته مسلم . ومن هذا الباب ما روى عن أبي حنيفة أنه روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط » فاختلف العلماء لتعارض هذه الأحاديث في بيع وشرط ، فقال قوم : البيع فاسد والشرط جائز ، ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة ؛ وقال قوم : البيع جائز والشرط جائز ، ومن قال بهذا القول ابن أبي شبرمة ؛ وقال قوم : البيع جائز والشرط باطل ، ومن قال بهذا القول ابن أبي ليلى ؛ وقال أحمد : البيع جائز مع شرط واحد ، وأما مع شرطين فلا ، فن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ، ولعموم نهيه عن الثنيا ؛ ومن أجازهما جميعا أخذ بحديث عمر الذي ذكر فيه البيع والشرط ؛ ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ؛ ومن لم يميز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص خرجته أبو داود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ ، وَلَا يَجُوزُ شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ ، وَلَا رِبْحٌ مَا لَمْ تَتَضَمَّنْ ، وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ هُوَ عِنْدَكَ » . وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام : شروط تبطل هي والبيع معا ؛ وشروط تجوز هي والبيع معا ؛ وشروط تبطل ويثبت البيع ؛ وقد يظن أن عنده قسما رابعا وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشتري بشرطه بطل البيع ، وإن تركه جاز البيع ، وإعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير ، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء ، وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك ، أو إلى ما يفيد نقصا في الملك فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط ، وما كان قليلا أجاز به وأجاز الشرط فيها ، وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع ، ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب ، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها ، والجمع عندهم أحسن من الترجيح ، وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة ، وأحد من له ذلك جلدى والمازرى والباجي ،

وتفصيله في ذلك أن قال : إن الشرط في المبيع يقع على ضربين أوليين : أحدهما أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الأمة أو العبد ، ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري ، فمثل هذا قالوا : يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة . والقسم الثاني أن يشترط عليه شرطا يقع في مدة الملك ، وهذا قالوا : ينقسم إلى ثلاثة أقسام : إما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه ، وإما أن يشترط على المشتري منعا من تصرف عام أو خاص ؛ وإما أن يشترط لإيقاع معنى في المبيع ، وهذا أيضا ينقسم إلى قسمين : أحدهما أن يكون معنى من معاني البر . والثاني أن يكون معنى ليس فيه من البر شيء . فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لاتعود بمنع التصرف في أصل المبيع ، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكنها مدة يسيرة مثل الشهر ، وقيل السنة ، فذلك جائز على حديث جابر . وإما أن يشترط منعا من تصرف خاص أو عام ، فذلك لا يجوز لأنه من الثنيا ، مثل أن يبيع الأمة على أن لا يوطأها أو لا يبيعهها ، وإما أن يشترط معنى من معاني البر مثل العتق ، فإن كان اشترط تعجيله جاز عنده ، وإن تأخر لم يجوز لعظم الضرر فيه . ويقول مالك في إجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعي على أن من قوله منع بيع وشرط ، وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ ، لأن في بعض رواياته أنه باعه واشترط ظهره إلى المدينة ، وفي بعضها أنه أعاره ظهره إلى المدينة . ومالك رأى هذا من باب الضرر اليسير فأجازه في المدة القليلة ولم يجزه في الكثيرة . وأما أبو حنيفة فعلى أصله في منع ذلك . وأما إن اشترط معنى في المبيع ليس ببر مثل أن لا يبيعهها ، فذلك لا يجوز عند مالك ، وقيل عنه البيع مفسوخ ، وقيل بل يبطل الشرط فقط . وأما من قال له البائع : متى جئتك بالثمن رددت على المبيع فإنه لا يجوز عند مالك ، لأنه يكون مترددا بين البيع والسلف ؛ إن جاء بالثمن كان سلفا ، وإن لم يجي كان بيعا . واختلف في المذهب هل يجوز ذلك في الإقالة أم لا ؟ فمن رأى أن الإقالة بيع فسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ؛ ومن رأى أنها فسخ فرق بينها وبين البيوع . واختلف أيضا فيمن باع شيئا بشرط أن لا يبيعه حتى ينتصف من الثمن ، فقيل عن مالك يجوز ذلك لأن حكمه حكم الرهن ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره ؛ وقيل عن ابن القاسم : لا يجوز ذلك ، لأنه شرط يمنع المبتاع

التصرف في المبيع المدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها ؛ فوجب أن يمنع صحة البيع ، ولذلك قال ابن الموزان إنه جائز في الأمد القصير . ومن المسموع في هذا الباب نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة . واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض ، فعنه أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء ، وأجازوه مالك وأصحابه إلا محمد بن عبد الحكم ، وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور ؛ وحجة الجمهور أن النهي يتضمن فساد النهي عنه مع أن الثمن يكون في المبيع مجهولا لا اقتران السلف به . وقد روى أن محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة إسماعيل بن إسحاق المالكي فقال له : ما الفرق بين السلف والبيع ، وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق بخر فلما عقد البيع قال : أنا أدع الزق ، قال : وهذا البيع مفسوخ عند العلماء بإجماع ، فأجاب إسماعيل عن هذا بجواب لا تقوم به حجة ، وهو أن قال له : الفرق بينهما أن مشروط السلف هو خير في تركه أو عدم تركه ، وليس كذلك مسئلة زق الخمر ، وهذا الجواب هو نفس الشيء الذي طولب فيه بالفرق ، وذلك أنه يقال له : لم كان هنا خيرا ولم يكن هنالك خيرا في أن يترك الزق ويصح البيع ، والأشبه أن يقال إن التحريم ههنا لم يكن لشيء محرم بعينه وهو السلف لأن السلف مباح ، وإنما وقع التحريم من أجل الاقتران : أعني اقتران البيع به ، وكذلك البيع في نفسه جائز ، وإنما امتنع من قبل اقتران الشرط به ، وهنالك إنما امتنع البيع من أجل اقتران شيء محرم بعينه به ، لأنه شيء محرم من قبل الشرط : ونكتة المسئلة هل إذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد إذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع ، كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به ؟ وهذا أيضا ينبغي على أصل آخر هو هل هذا الفساد حكى أو معقول ؟ فإن قلنا حكى لم يرتفع بارتفاع الشرط ، وإن قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط ؛ فالك رآه معقولا ، والجمهور رآه غير معقول والفساد الذي يوجد في بيع الربا والغرر هو أكثر ذلك حكى ، ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلا ، وإن ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر . واختلفوا في حكمه إذا وقع على ما سياتي في أحكام البيوع الفاسدة . ومن هذا الباب بيع العربان فجمهور علماء الأمصار على أنه غير جائز ؛ وحكى عن قوم من التابعين أنهم

أجازوه ، منهم مجاهد وابن سيرين ونافع . بن الحارث وزيد بن أسلم . وصورته :
أن يشتري الرجل شيئاً فيدفع إلى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئاً على أنه إن نفذ
البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة ، وإن لم ينفذ ترك المشتري بذلك
الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به ؛ وإنما صار الجمهور إلى منعه لأنه من
باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض ، وكان زيد يقول : أجازوه
رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال أهل الحديث : ذلك غير معروف عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم . وفي الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب
اختلف الفقهاء فيها ، أعنى هل تدخل تحت النهي عن الثنيا ، أم ليست تدخل ؟
فإن ذلك أن يبيع الرجل حاملاً ويستثنى ما في بطنها ، فجمهور فقهاء الأمصار
مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري على أنه لا يجوز ؛ وقال أحمد وأبو ثور
وداود ذلك جائز ، وهو مروي عن ابن عمر . وسبب الخلاف هل المستثنى
مبيع مع ما استثنى منه ، أم ليس بمبيع وإنما هو باق على ملك البائع ؟ فإن قال
مبيع قال : لا يجوز وهو من الثنيا المنهى عنها لما فيها من الجهل بصفته وقلة
الثقة بسلامة خروجه ؛ ومن قال هو باق على ملك البائع أجاز ذلك ؛ وتحصيل
مذهب مالك فيمن باع حيواناً واستثنى بعضه أن ذلك البعض لا يخلو أن يكون
شائعاً أو معيناً أو مقدراً ، فإن كان شائعاً فلا خلاف في جوازه مثل أن يبيع
عبداً إلا ربه . وأما إن كان معيناً فلا يخلو أن يكون مغيباً مثل الجنين ، أو
يكون غير مغيب ، فإن كان مغيباً فلا يجوز ، وإن كان غير مغيب كالرأس
واليد والرجل ، فلا يخلو الحيوان أن يكون مما يستباح ذبحه أو لا يكون ،
فإن كان مما لا يستباح ذبحه فإنه لا يجوز ، لأنه لا يجوز أن يبيع أحد غلاماً ويستثنى
رجله ، لأن حقه غير متميز ولا متبعض وذلك مما لا خلاف فيه ، وإن كان الحيوان
مما يستباح ذبحه ، فإن باعه واستثنى منه عضواً له قيمة بشرط الذبح ، ففي المذهب
فيه قولان : أحدهما أنه لا يجوز وهو المشهور ؛ والثاني يجوز ، وهو قول ابن حبيب
جوز بيع الشاة مع استثناء القوائم والرأس . وأما إذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف
في جوازه في المذهب ، ووجه قول مالك إنه إن كان استثناءه بجلده فما تحت الجلد
مغيب وإن كان لم يستثنه بجلده فإنه لا يدرى بأي صفة يخرج له بعد كشط الجلد
عنه . ووجه قول ابن حبيب أنه استثنى عضو معيناً معلوماً ، فلم يضره ما عليه من

الجلد أصله شراء الحب في سنبله والجوز في قشره . وأما إن كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح إما عرفا وإما ملفوظا به جزءا مقدرا مثل أرطال من جزور ، فغن مالك في ذلك روايتان : إحداهما المنع ، وهي رواية ابن وهب ؛ والثانية الإجازة في الأرطال اليسيرة فقط ، وهي رواية ابن القاسم . وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائطه واستثناء نخلات معينات منه قياسا على جواز شراؤها . واتفقوا على أنه لا يجوز أن يستثنى من حائط له عدة نخلات غير معينات إلا بتعيين المشتري لها بعد البيع ، لأنه بيع ما لم يره المتبايعان . واختلفوا في الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة نخلات بعد البيع ، فمنعه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل ؛ وروى عن مالك إجازته ؛ ومنع ابن القاسم قوله في النخلات وأجازته في استثناء الغنم . وكذلك اختلف قول لمالك وابن القاسم في شراء نخلات معدودة من حائطه على أن يعينها بعد الشراء المشتري فأجازها مالك ومنعه ابن القاسم . وكذلك اختلفوا إذا استثنى البائع مكيله من حائط ؛ قال أبو عمر بن عبد البر : فمنع ذلك فقهاء الأمصار الذين تدور الفتوى عليهم ، وألف الكتاب على مذاهمم لنبيه صلى الله عليه وسلم عن الثنيا في البيع ، لأنه استثناء مكيل من جزاف ؛ وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فلمهم أجازوا ذلك فيما دون الثلث ومنعوه فيما فوقه ، وحملوا النهى على الثنيا على ما فوق الثلث ، وشبهوا بيع ما عدا المستثنى ببيع الصبرة التي لا يعلم مبلغ كيلها فتباع جزافا ويستثنى منها كيل مّا ، وهذا الأصل أيضا مختلف فيه ، أعنى إذا استثنى منها كيل معلوم . واختلف العلماء من هذا الباب في بيع وإجارة معا في عقد واحد ، فأجازها مالك وأصحابه ، ولم يميزه الكوفيون ولا الشافعي ، لأن الثمن يرون أنه يكون حينئذ مجهولا ، ومالك يقول : إذا كانت الإجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولا ، وربما رآه الذين منعوه من باب بيعتين في بيعة . وأجمعوا على أنه لا يجوز السلف أو البيع كما قلنا . واختلف قول مالك في إجازة السلف والشركة ، فمرة أجاز ذلك ومرة منعه ، وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافها بالأقل والأكثر في وجود علل المنع فيها المنصوص عليها ، فمن قويت عنده علة المنع في مسألة منها منعها ، ومن لم تقو عنده أجازها ، وذلك راجع إلى ذوق الاجتهاد ، لأن هذه المواد يتجاذب القول فيها إلى الضدين على السواء

عند النظر فيها ، ولعل في أمثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صواباً ، ولهذا ذهب بعض العلماء في أمثال هذه المسائل إلى التخيير .

الباب الخامس

في البيوع المنهى عنها من أجل الضرر أو الغبن

والمسومع من هذا الباب ما ثبت من نهي صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه ، وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ، ونهي عن تأقي الركبان ، ونهي عن أن يبيع خاضر لباد ، ونهي عن التجش . وقد اختلف العلماء في تفصيل معاني هذه الآثار اختلافاً ليس بمبتاعد ، فقال مالك : معنى قوله عليه الصلاة والسلام « لا يبيع بعضكم على بيع بعض » ومعنى نهي عن أن يسوم أحد على سوم أخيه واحد ، وهي في الحالة التي إذا ركن البائع فيها إلى السائم ولم يبق بينهما إلا شيء يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب أو البراءة منها ، ويمثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة هذا الحديث . وقال الثوري معنى « لا يبيع بعضكم على بيع بعض » أن لا يطرأ رجل آخر على المتبايعين فيقول عندئذ خير من هذه السلعة ولم يحد وقت ركون ولا غيره . وقال الشافعي : معنى ذلك إذا تم البيع باللسان ولم يفرقا فأتى أحد يعرض عليه سلعة له هي خير منها ، وهذا بناء على مذهبه في أن البيع إنما يلزم بالافتراق فهو مالك متفقان على أن النهي إنما يتناول حالة قرب لزوم البيع ، ومختلفان في هذه الحالة ما هي لاختلافهما فيما به يكون اللزوم في البيع على ما سنده بعد ، وفقهاء الأمصار على أن هذا البيع يكره ، وإن وقع مضى لأنه سوم على بيع لم يتم ؛ وقال داود وأصحابه : إن وقع فسخ في أي حالة وقع تمسكا بالعموم ؛ وروى عن مالك وعن بعض أصحابه فسخه ما لم يفت ؛ وأنكر ابن الماجشون ذلك في البيع فقال : وإنما قال بذلك مالك في التكااح ، وقد تقدم ذلك . واختلفوا في دخول الذي في النهي عن سوم أحد على سوم غيره ، فقال الجمهور : لا فرق في ذلك بين الذي وغيره ؛ وقال الأوزاعي : لا بأس بالسوم على سوم الذي لأنه ليس بأخي المسلم ، وقد قال صلى الله عليه وسلم « لا يسوم أحد على سوم أخيه » ومن ههنا منع قوم بيع المزيدة وإن كان الجمهور على جوازه . وسبب

الخلافه بينهم هل يحمل هذا النهى على الكراهة أو على الحظر ، ثم إذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الأحوال ، أو فى حالة دون حالة ؟ .

(فصل) وأما نهيه عن تلقى الركبان للبيع ، فاختلفوا فى مفهوم النهى ما هو ، فرأى مالك أن المقصود بذلك أهل الأسواق لئلا يتفرد المتلقى برخص السلعة ، دون أهل الأسواق ، ورأى أنه لا يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق ، هذا إذا كان التلقى قريباً ، فإن كان بعيداً فلا بأس به ، وحده القرب فى المذهب بنحو من ستة أميال ، ورأى أنه إذا وقع جاز ، ولكن يشرك المشتري أهل الأسواق فى تلك السلعة التى من شأنها أن يكون ذلك سوقها . وأما الشافعى فقال إن المقصود بالنهى إنما هو لأجل البائع لئلا يغيبه المتلقى ، لأن البائع يجهل سعر البلد ، وكان يقول : إذا وقع قرب السلعة بالخيار إن شاء أنفذ البيع أو رده . ومذهب الشافعى هو نص فى حديث أبى هريرة الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عليه الصلاة والسلام « لَا تَتَلَقَّوْا الْجُلُوبَ ، فَتَنْ تَلَقَّيْ مِنْهُ شَيْئًا فَاشْتَرَاهُ فَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ إِذَا أَقَى السُّوقَ » خرجه مسلم وغيره .

(فصل) وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للباد ، فاختلف العلماء فى معنى ذلك ، فقال قوم : لا يبيع أهل الحضر لأهل البادية قولاً واحداً . واختلف عنه فى شراء الحضري للبدوى ، فرة أجازة ، وبه قال ابن حبيب ؛ ومرة منعه ، وأهل الحضر عندهم الأمصار ؛ وقد قيل عنه إنه لا يجوز أن يبيع أهل القرى لأهل العمود المنتقلين ، وبمثل قول مالك قال الشافعى والأوزاعى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا بأس أن يبيع الحاضر للبادى ويخبره بالسعر ، وكرهه مالك ، أعنى أن يخبر الحضري البادى بالسعر ، وأجازة الأوزاعى . والذين منعهو اتفقوا على أن القصد بهذا النهى هو إرفاق أهل الحضر ، لأن الأشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة ، وهى عندهم أرخص ، بل أكثر ما يكون مجاناً عندهم : أى بغير ثمن ، فكأنهم رأوا أنه يكره أن ينصح الحضري للبدوى ، وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام « الدِّينُ النَّصِيحَةُ » وبهذا تمسك فى جوازه أبو حنيفة . وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وأبو داود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

« لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ ذَرَوْا النَّاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ »
وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما أحسب ، والأشبه أن يكون من باب غبن
البدوى لأنه يرد والسعر مجهول عنده ، إلا أن تثبت هذه الزيادة ، ويكون
على هذا معنى الحديث معنى النهى عن تلقى الركبان على ما تأوله الشافعى وجاء
في الحديث الثابت . واختلفوا إذا وقع فقال الشافعى : إذا وقع فقد تم وجاز
البيع لقوله عليه الصلاة والسلام « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض »
واختلف في هذا المعنى أصحاب مالك ؛ فقال بعضهم : يفسخ ، وقال بعضهم :
لا يفسخ .

(فصل) وأما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش ، فاتفق العلماء على منع
ذلك ، وأن النجش هو أن يزيد أحد في سلعة وليس في نفسه شراؤها ، يرد
بذلك أن ينفع البائع ويضر المشتري ؛ واختلفوا إذا وقع هذا البيع ، فقال أهل
الظاهر : هو فاسد ؛ وقال مالك : هو كالعيب والمشتري بالخيار ، إن شاء
أن يرد رد ، وإن شاء أن يمسك أمسك ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : إن وقع
أثم وجاز البيع . وسبب الخلاف هل يتضمن النهى فساد المنهى وإن كان
المنهى ليس في نفس الشيء بل من خارج ؛ فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يجره ؛
ومن قال ليس يتضمن أجازه . والجمهور على أن النهى إذا ورد لمعنى في المنهى
عنه أنه يتضمن الفساد مثل النهى عن الربا والغرر ، وإذا ورد الأمر من خارج
لم يتضمن الفساد ، ويشبه أن يدخل في هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن
بيع الماء لقوله عليه الصلاة والسلام في بعض ألفاظه « إنه نهى عن بيع فضل
الماء لينع به الكلاء » وقال أبو بكر بن المنذر : ثبت « أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع الماء . ونهى عن بيع فضل الماء لينع به الكلاء »
وقال : لا يمنع وهو بئر ولا يبيع ماء . واختلف العلماء في تأويل هذا النهى ،
فحمله جماعة من العلماء على عمومها ، فقالوا : لا يحل بيع الماء بحال كان من
بئر أو غدير أو عين في أرض مملوكة أو غير مملوكة ، غير أنه إن كان مملوكة
كان أحق بمقدار حاجته منه ، وبه قال يحيى بن يحيى قال : أربع لا أرى أن
يمنع : الماء ، والنار ، والخطب ، والكلاء . وبعضهم خصص هذه الأحاديث
بحارضة الأصول لها ، وهو أنه لا يحل مال أحد إلا بطيب نفس . منه كما قال

عليه الصلاة والسلام وانعقد عليه الإجماع ، والذين خصصوا هذا المعنى
اختلفوا في جهة تخصيصه ، فقال قوم : معنى ذلك أن البئر يكون بين الشريكين
يسقى هذا يوما وهذا يوما ، فيروى زرع أحدهما في بعض يومه ، ولا يروى
في اليوم الذي لشريكه زرعه ، فيجب عليه أن لا يمنع شريكه من الماء بقية
ذلك اليوم . وقال بعضهم : إنما تأويل ذلك في الذي يزرع على مائه فتتبار
بثره ولجاره فضل ماء أنه ليس لجاره أن يمنع فضل مائه إلى أن يصلح بثره ،
والتأويلان قريبان ، ووجه التأويلين أنهم حملوا المطلق في هذين الحديثين على
المقيد وذلك أنه نهى عن بيع الماء مطلقا ، ثم نهى عن منع فضل الماء ،
فحملوا المطلق في هذا الحديث على المقيد وقالوا : الفضل هو الممنوع في الحديثين .
وأما مالك فأصل مذهبه أن الماء متى كان في أرض مملوكة منعه فهو لصاحبه
الأرض له يبيعه ومنعه ، إلا أن يرد عليه قوم لا تمنعهم ويخاف عليهم الهلاك ،
وحمل الحديث على آبار الصحراء التي تتجدد في الأرضين الغير مملوكة ، فرأى أن
صاحبها : أعنى الذي حفرها أولى بها ، فإذا روت ماشيته ترك الفضل للناس ؛
وكأنه رأى أن البئر لا تملك بالإحياء . ومن هذا الباب التفرقة بين الولادة
وولدها ، وذلك أنهم اتفقوا على منع التفرقة في المبيع بين الأم وولدها ، لثبوت
قوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَفَرَّقَ اللَّهُ
بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبِّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » واختلفوا من ذلك في موضعين في وقت
جواز التفرقة وفي حكم البيع إذا وقع . فأما حكم البيع فقال مالك : يفسخ ،
وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يفسخ وأثم البائع والمشتري . وسبب الخلاف هل
النهي يقتضي فساد المهي إذا كان لعله من خارج . وأما الوقت الذي ينقل
فيه المنع إلى الجواز ؛ فقال مالك : حد ذلك الإثغار ؛ وقال الشافعي : حد ذلك
سبع سنين أو ثمان ؛ وقال الأوزاعي : حده فوق عشر سنين ، وذلك أنه إذا
نفع نفسه واستغنى في حياته عن أمه . ويلحق بهذا الباب إذا وقع في البيع غبن
لا يتغابن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا ؟ فالمشهور في المذهب أن لا يفسخ .
وقال عبد الوهاب : إذا كان فوق الثلث رد ، وحكاه عن بعض أصحاب مالك ؛
ولجعله عليه الصلاة والسلام الخيار لصاحب الجلب إذا تلقى خارج المصر دليل
على اعتبار الغبن ، وكذلك ما جعل لمنقذ بن حبان من الخيار ثلاثا لما ذكر له

أنه يغبن في البيوع ، ورأى قوم من السلف الأول أن حكم الوالد في ذلك حكم
الوالدة ، وقوم رأوا ذلك في الإخوة .

الباب السادس في النهى من قبل وقت العبادات

وذلك إنما ورد في الشرع في وقت وجوب المشي إلى الجمعة فقط لقوله تعالى
- إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا
الْبَيْعَ - وهذا أمر يجمع عليه فيما أحسب ، أعنى منع البيع عند الأذان الذي
يكون بعد الزوال والإمام على المنبر . واختلفوا في حكمه إذا وقع هل يفسخ
أو لا يفسخ ؟ ، فإن فسخ فعلى من يفسخ ؟ وهل يباح سائر العقود في هذا
المعنى بالبيع أم لا يلحق ؟ فالمشهور عن مالك أنه يفسخ ، وقد قيل لا يفسخ ،
وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة . وسبب الخلاف كما قلنا غير ما مرة هل
النهي الوارد لسبب من خارج يقتضي فساد المنهى عنه أو لا يقتضيه ؟ وأما على
من يفسخ ؟ فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لاعلى من لا تجب عليه . وأما
أهل الظاهر فليقتضي أصولهم أن يفسخ على كل بائع . وأما سائر العقود
فيحتمل أن تلحق بالبيوع ، لأن فيها المعنى الذي في البيع من الشغل به عن
السعي إلى الجمعة ، ويحتمل أن لا يلحق به لأنها تقع في هذا الوقت نادرا بخلاف
البيوع . وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة الندب لمرتب
الوقت ، فإذا فات فعلى جهة الخطر ، وإن كان لم يقل به أحد في مبلغ علمي ،
ولذلك مدح الله تارك البيوع لمكان الصلاة ، فقال تعالى - رَجُلٌ لَا تُلْهِهِمْ
تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَإِقَامِ الصَّلَاةِ وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ -
وإذا قد أثبتت أسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر إلى ذكر الأسباب
والشروط المصححة له وهو القسم الثاني من النظر العام في البيوع .

(القسم الثاني) والأسباب والشروط المصححة للبيع هي بالجملة ضد
الأسباب المفسدة له ، وهي منحصرة في ثلاثة أجناس : النظر الأول :
في العقد . والثاني : في العقود عليه . والثالث : في العاقدين ، ففي هذا القسم
ثلاثة أبواب .

الباب الأول في العقد

والعقد لا يصح إلا بالألفاظ البيع والشراء التي صيغتها ماضية مثل أن يقول البائع : قد بعث منك ، ويقول المشتري : قد اشتريت منك ، وإذا قال له بغي سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعثها . فعند مالك أن البيع قد وقع وقد لزم المستفهم إلا أن يأتي في ذلك بعذر ، وعند الشافعي أنه لا يتم البيع حتى يقول المشتري قد اشتريت ، وكذلك إذا قال المشتري للبائع : بكم تبيع سلعتك ؟ فيقول المشتري بكذا وكذا ، فقال : قد اشتريت منك . اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعثها منك ، وعند الشافعي أنه يقع البيع بالألفاظ الصريحة وبالكناية ، ولا أذكر لمالك في ذلك قولاً ، ولا يكفي عند الشافعي المعاطاة دون قول ، ولا خلاف فيما أحسب أن الإيجاب والقبول المؤثرين في لزوم لا يترأخى أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس ، أعنى أنه متى قال البائع قد بعث سلعتي بكذا وكذا فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال : قد قبلت أنه لا يلزم ذلك البائع . واختلفوا متى يكون اللزوم . فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة : إن البيع يلزم في المجلس بالقول وإن لم يفترقا ؛ وقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضي الله عنهم : البيع لازم بالافتراق من المجلس وأنهما بهما لم يفترقا ، فليس يلزم البيع ولا ينقذ ، وهو قول ابن أبي ذئب في طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضي وشريح القاضي وجماعة من التابعين وغيرهم ، وهو مروى عن ابن عمر وأبي برزة الأسلمي من الصحابة ولا يخالف لهما من الصحابة وعمدة المشتريين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « المتبايعان كمثل واحدٍ مِنْهُمَا بالخيارِ على صاحبه ما لم يفترقا إلا ببيع الخيار » ، وفي بعض روايات هذا الحديث « إلا أن يقول أحدهما لصاحبه اختَر » وهذا حديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها ، حتى لقد زعم أبو محمد أن مثل هذا الإسناد يوقع العلم وإن كان من طريق الآحاد . وأما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث . فالذي اعتمد عليه مالك رحمه الله في رد العمل به أنه

لم يلف عمل أهل المدينة عليه مع أنه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود أنه قال : « أيا بيعين تباعا فالقول قول البائع أو يتراد أن » فكانه حمل هذا على عمومه ، وذلك يقتضى أن يكون في المجلس وبعد المجلس ، ولو كان المجلس شرطاً في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلى تبين حكم الاختلاف في المجلس لأن البيع بعد لم ينقذ ولا لزم بل الافتراق من المجلس ، وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الأول ، وبخاصة أنه لا يعارضه إلا مع توهم العموم فيه ، والأولى أن ينبى هذا على ذلك ، وهذا الحديث لم يخرج أحد مسنداً فيما أحسب ، فهذا هو الذى اعتمده مالك رحمه الله في ترك العمل بهذا الحديث . وأما أصحاب مالك فاعتمدوا في ذلك على ظواهر سمعية ، وعلى القياس ، فن أظهر الظاهر في ذلك قوله عز وجل - يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - والعقد هو الإيجاب والقبول والأمر على الوجوب ، وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد ، لأن له عندهم أن يرجع في البيع بعد ما أنعم ما لم يفرقا . وأما القياس فلأنهم قالوا : عقد معاوضة ، فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد ، فلما قيل لهم إن الظواهر التى تحتجون بها بخصصها الحديث المذكور ، فلم يبق لكم في مقابلة الحديث إلا القياس ، فبأنكم على هذا أن تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الأثر ، وذلك مذهب مهجور عند المالكية ، وإن كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبي حنيفة ، فأجابوا عن ذلك بأن هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب ، وإنما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره . قالوا : وتأويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الأصوليين . قالوا : ولنا فيه تأويلان : أحدهما أن المتبايعين في الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم يتفد بينهما البيع ، فقيل لهم إنه يكون الحديث على هذا لافائدة فيه لأنه معلوم من دين الأمة أنهما بالخيار إذ لم يقع بينهما عقد بالقول . وأما التأويل الآخر فقالوا إن التفرق ههنا إنما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالأبتن كما قال الله تعالى - وَإِنْ يَسْتَفْرَقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ - والاعتراض على هذا أن هذا مجاز لاحقيقة ، والحققة هى التفرق بالأبدان ، ووجه الترجيح أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الأقوى ، والحكمة في ذلك هى لموضع التدم ، فهذه هى أصول الركن الأول الذى هو العقد .

(وأما الركن الثاني) الذى هو المعقود عليه ، فإنه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا ، وقد تقدم المختلف فى هذه من المتفق عليه وأسباب الاختلاف فى ذلك ، فلا معنى لتكراره . والغرر ينتفى عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدورا على تسليمه ، وذلك فى الطرفين الثمن والمثمن معلوم الأجل أيضا إن كان يبيعا مؤجلا .

(وأما الركن الثالث) وهما العاقدان ، فإنه يشترط فيهما أن يكونا مالكيين تامي الملك أو وكيلين تامي الوكالة بالغين ، وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما أو على أحدهما ، إما لحق أنفسهما كالفقيه عند من يرى التحجير عليه أو لحق الغير كالعبد إلا أن يكون العبد مأذونا له فى التجارة . واختلفوا من هذا فى بيع الفضولى ، هل يتعقد أم لا ؟ وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضى به صاحب المال أمضى البيع ، وإن لم يرض فسخ ، وكذلك فى شراء الرجل للرجل بغير إذنه ، على أنه إن رضى المشتري صح الشراء وإلا لم يصح ، فذهب الشافعى فى الوجهين جميعا ، وأجازاه مالك فى الوجهين جميعا ؛ وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال : يجوز فى البيع ولا يجوز فى الشراء . وعمدة المالكية ما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع إلى عروة البارقي دينار وقال : اشتر لنا من هذا الجلب شاة » ، قال : فاشتريت شاتين بدينار وبعث إحدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار ، فقلت : يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم ، فقال : اللهم بارك له فى صفقة يمينه » ووجه الاستدلال منه أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمره فى الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع ، فصار ذلك حجة على أبي حنيفة فى صحة الشراء للغير ، وعلى الشافعى فى الأمرين جميعا . وعمدة الشافعى النهى الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده ، المالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره ، قالوا : والدليل على ذلك أن النهى إنما ورد فى حكيم بن حزام وقضيته مشهورة ، وذلك أنه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده . وسبب الخلاف المسئلة المشهورة ، هل إذا ورد النهى على سبب حمل على سببه أو يعم ؟ فهذه هى أصول هذا القسم ، وبالجمله فلننظر فى هذا القسم هو منطوق بالقوة فى الجزء الأول ، ولكن النظر الصناعى الفقهى يقتضى أن يفرد بالتكلم فيه . وإذا قد تكلمنا فى هذا الجزء بحسب غرضنا فلننصر إلى القسم الثالث ، وهو القول فى الأحكام العامة للبيوع الصحيحة .

(القسم الثالث : فى الأحكام العامة للبىوع الصحيحة) وهذا القسم تنحصر أصوله التى لها تعلق قريب بالمسموع فى أربع جمل : الجملة الأولى : فى أحكام وجود العيب فى المبيعات . والجملة الثانية : فى الضمان فى المبيعات متى ينتقل من ملك البائع إلى ملك المشتري . والثالثة : فى معرفة الأشياء التى تتبع المبيع مما هى موجودة فيه فى حين البيع من التى لاتبعه . والرابعة : فى اختلاف المتبايعين ، وإن كان الألىق به كتاب الأفضية . وكذلك أيضا من أبواب أحكام البىوع الاستحقاق ، وكذلك الشفعة هى أيضا من الأحكام الطارئة عليه ، لكن جرت العادة أن يفرد لها كتاب .

(الجملة الأولى) وهذه الجملة فيها بابان : الباب الأول : فى أحكام وجود العيوب فى البيع المطلق . والباب الثانى : فى أحكامهما فى البيع بشرط البراءة .

الباب الأول فى أحكام العيوب فى البيع المطلق

والأصل فى وجود الرد بالعيب قوله تعالى - **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ** - وحديث المصرة المشهور ، ولما كان القائم بالغيب لا يخلو أن يقوم فى عقد يوجب الرد ، أو يقوم فى عقد لا يوجب ذلك ، ثم إذا قام فى عقد يوجب الرد ، فلا يخلو أيضا أن يقوم بعيب يوجب حكما أو لا يوجب ، ثم إن قام بعيب يوجب حكما فلا يخلو المبيع أيضا أن يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع أو لا يكون ، فإن كان لم يحدث فما حكمه ؟ وإن كان حدث فيه فكم أصناف التغيرات وما حكمها ؟ كانت الفصول المحيطة بأصول هذا الباب خمسة : الفصل الأول : فى معرفة العقود التى يجب فيها بوجود العيب حكم ، من التى لا يجب ذلك فيها . الثانى : فى معرفة العيوب التى توجب الحكم ، وما شرطها الموجب للحكم فيها . الثالث : فى معرفة حكم العيب الموجب إذا كان المبيع لم يتغير . الرابع : فى معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها . الخامس : فى القضاء فى هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين ، وإن كان ألىق بكتاب الأفضية .

الفصل الأول

في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم من التي لا يجب فيها
أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف ، فهي العقود التي
المقصود منها المعاوضة ، كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة
لاخلاف أيضا في أنه لا تأثير للعيب فيها ، كالحبات لغير الثواب والصدقة ؛
وأما ما بين هذين الصنفين من العقود - أعني ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة
مثل هبة الثواب ، فالأظهر في المذهب أنه لاحكم فيها بوجود العيب ، وقد قيل
يحكم به إذا كان العيب مفسدا .

الفصل الثاني

في معرفة العيوب التي توجب الحكم ، وما شرطها الموجب للحكم فيها
وفي هذا الفصل نظران : أحدهما : في العيوب التي توجب الحكم . والنظر -
الثاني في الشرط الموجب له .

(النظر الأول) فأما العيوب التي توجب الحكم : فمنها عيوب في النفس ؛
ومنها عيوب في البدن ، وهذه منها ما هي عيوب بأن تشترط أضدادها في المبيع
وهي التي تسمى عيوباً من قبل الشرط ؛ ومنها ما هي عيوب توجب الحكم
وإن لم يشترط وجود أضدادها في المبيع : وهذه هي التي فقدتها نقص في أصل
الخلقة ؛ وأما العيوب الأخر فهي التي أضدادها كمالات ، وليس فقدتها
نقصا مثل الصنائع ، وأكثر ما يوجد هذا الصنف في أحوال النفس ، وقد
يوجد في أحوال الجسم . والعيوب الجسمانية ، منها ما هي في أجسام ذوات الأنفس ،
ومنها ما هي في غير ذوات الأنفس . والعيوب التي لها تأثير في العقد هي عند
الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصانا له تأثير في ثمن
المبيع ، وذلك يختلف بحسب اختلاف الأزمان والعوائد والأشخاص ، فربما
كان النقص في الخلقة فضيلة في الشرع . كالحفاض في الإماماء ، والختان
في العبيد ، ولتقارب هذه المعاني في شيء شيء مما يتعامل الناس به وقع الخلاف
بين الفقهاء في ذلك ، ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين

الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك في نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصا عمن تقدمه ، أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره ، فن ذلك وجود الزنى في العبيد . اختلف العلماء فيه ؛ فقال مالك والشافعي : هو عيب ؛ وقال أبو حنيفة : ليس بعيب وهو نقص في الخلق الشرعي الذي هو العفة ؛ والزواج عند مالك عيب ، وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال ، وكذلك الدين ، وذلك أن العيب بالجملة هو ما عاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا العائق قد يكون في الشيء وقد يكون من خارج ؛ وقال الشافعي : ليس الدين ولا الزواج بعيب فيما أحسب . والحمل في البرائة عيب عند مالك . وفي كونه عيبا في الوخش خلافة في المذهب . والتصرية عند مالك والشافعي عيب وهو حقن اللبن في الثدي أيا ما حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير ، وجهتهم حديث المصرة المشهور ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لَا تُصْرُوا الْإِبِلَ وَالْبَقَرَةَ ، فَمَنْ فَعَلَ ذَلِكَ فَهُوَ بِجَنْبِ النَّظَرَيْنِ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَكُمَا وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِيزًا تَمْرًا » قالوا : فأثبت له الخيار بالرد مع التصرية ، وذلك دال على كونه عيبا مؤثرا . قالوا : وأبضا فإنه مدلس ، فأشبهه التدليس بسائر العيوب . وقال أبو حنيفة وأصحابه : ليست التصرية عيبا للاتفاق على أن الإنسان إذا اشترى شاة فخرج لبها قليلا أن ذلك ليس بعيب . قالوا : وحديث المصرة يجب أن لا يوجب عملا لمفارقته الأصول ، وذلك أنه مفارق للأصول من وجوه : فمنها أنه مغارض لقوله عليه الصلاة والسلام « الْخِرَاجُ بِالضَّمَانِ » وهو أصل متفق عليه ؛ ومنها أن فيه معارضة منع بيع طعام بظعام نسئنة ، وذلك لا يجوز باتفاق ؛ ومنها أن الأصل في المتلفات إما القيم وإما المثل ، وإعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مثلا ومنها بيع الطعام المجهول : أى الخراف بالمكيل المعلوم ، لأن اللبن الذي دلس به البائع غير معلوم القدر ، وأيضا فإنه يقل ويكثر ، والعوض ههنا محدود ، ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الأصول كلها لموضع صحة الحديث ، وهذا كأنه ليس من هذا الباب وإنما هو حكم خاص . ولكن اطرء إليه القول فلنرجع إلى حيث كنا فنقول : إنه لا اختلاف عندهم في العور والعمى وقطع اليد والرجل أنها عيوب مؤثرة ، وكذلك المرض في أى عضو كان ، أو كان في جملة

البلد ، والشيب في المذهب عيب في الرائحة ، وقيل لأبأس باليسير منه فيها ، وكذلك الاستحاضة عيب في الرقيق والوخش ، وكذلك ارتفاع الحيض عيب في المشهور من المذهب ، والزعر عيب ، وأمراض الحواس والأعضاء كلها عيب باتفاق . وبالحملة فأصل المذهب أن كل ما أثر في القيمة : أعنى نقص منها فهو عيب ، والبول في الفراش عيب ، وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة : تردّ الجارية به ، ولا يرد العبد به ، والتأنيث في الذكر والتذكير في الأنثى عيب هذا كله في المذهب إلا ما ذكرنا فيه الاختلاف .

(النظر الثاني) وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو أن يكون حادثا قبل أمد التبايع باتفاق أو في العهدة عند من يقول بها ، فيجب ههنا أن نذكر اختلاف الفقهاء في العهدة فنقول : انفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الأمصار ، وسلفه في ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم ، ومعنى العهدة أن تكل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع ، وهى عند القائلين بها عهدتان : عهدة الثلاثة الأيام ، وذلك من جمعيه العيوب الحادثة فيها عند المشتري . وعهدة السنة ، وهى من العيوب الثلاثة : الجذام والبرص والجنون ، فاحدث في السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع ، واحدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل . وعهدة الثلاث عند المالكية بالحملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء والنفقة فيها والضمنان من البائع . وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمنان من المشتري إلا من الأذواء الثلاثة ، وهذه العهدة عند مالك في الرقيق ، وهى أيضا واقعة في أصناف البيوع في كل ما القصد منه المماكسة والمحاكرة وكان يبيعا لأفي الدمة ، هذا ما لاختلاف فيه في المذهب ، واختلف في غير ذلك . وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث في الأشهر من المذهب ، وزمان المواضعة يتدخل مع عهدة الثلاث إن كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث . وعهدة السنة لا تتدخل مع عهدة الاستبراء ، هذا هو الظاهر من المذهب ، وفيه اختلاف . وقال الفقهاء السبعة : لا يتدخل منها عهدة مع ثانية ، فعهدة الاستبراء أولا ، ثم عهدة الثلاث ، ثم عهدة السنة . واختلف أيضا عن مالك هل تلزم العهدة في كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها ؟ فروى عنه الوجهان ، فإذا قيل لا يلزم أهل هذه البلد إلا أن يكونوا قد

حلوا على ذلك فهل يجب أن يحمل عليها أهل كل بلد أم لا ؟ فيه قولان في المذهب ، ولا يلزم النقد في عهدة الثلاث وإن اشترط ، ويلزم في عهدة السنة ؛ والعلة في ذلك أنه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياساً على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع ، فلهذه كلها مشهورات أحكام العهدة في مذهب مالك وهي كلها فروع مبنية على صحة العهدة ، فلنرجع إلى تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين . وأما عمدة مالك رحمه الله في العهدة وحجته التي عول عليها ، فهي عمل أهل المدينة . وأما أصحابه المتأخرون فلأنهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبه ابن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « عَهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ » وروى أيضاً « لَا عَهْدَةَ بَعْدَ أَرْبَعٍ » وروى هذا الحديث أيضاً الحسن عن سمرة بن جندب الفزاري رضى الله عنه ، وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول ، فإنهم اختلفوا في سماع الحسن عن سمرة ، وإن كان الترمذى قد صححه وأما سائر فقهاء الأمصار فلم يصح عندهم في العهدة أثر ، ورأوا أنها لو صحت مخالفة للأصول ، وذلك أن المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهي من المشتري ، فالتخصيص لمثل هذا الأصل المتقرر إنما يكون بسمع ثابت ، ولهذا نضعف عند مالك في أحد الروايتين عنه أن يقضى بها في كل بلد إلا أن يكون ذلك عرفاً في البلد أو يشترط وبخاصة عهدة السنة ، فإنه لم يأت في ذلك أثر . وروى الشافعي عن ابن جريج قال : سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال : ما علمت فيها أمراً سالفاً . وإذ قد تقرّر القول في تمييز العيوب التي توجب حكماً من التي لا توجب وتقرر الشرط في ذلك ، وهو أن يكون العيب حادثاً قبل البيع أو في العهدة عند من يرى العهدة ، فلنصير إلى ما بقي .

الفصل الثالث

في معرفة حكم العيب الموجب إذا كان المبيع لم يتغير

وإذا وجدت العيوب ، فإن لم يتغير المبيع بشيء من العيوب عند المشتري فلا يخلو أن يكون في عقار أو جروض أو في حيوان ، فإن كان في حيوان فلا خلاف أن المشتري بخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له . وأما إن كان عقار فالإكراه يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول : إن

كان العيب يسيرا لم يجب الرد ، ووجبت قيمة العيب وهو الأرش ، وإن كان كثيرا وجب الرد ، هذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابه ، ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل : وأما العروض فالمشهور في المذهب أنها ليست في هذا الحكم بمنزلة الأصول ، وقد قيل إنها بمنزلة الأصول في المذهب ، وهذا الذي كان يختاره الفقيه أبو بكر بن رزق شيخ جدي رحمه الله عليهما ، وكان يقول : إنه لا فرق في هذا المعنى بين الأصول والعروض ، وهذا الذي قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل في الأصول : أعني أن يفرق في ذلك أيضا في العروض ، والأصل أن كل ما حط القيمة أنه يجب به الرد ، وهو الذي عليه فقهاء الأمصار ، ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التي قلت في الأصول ، ولم يختلف قولهم في الحيوان إنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير .

(فصل) وإذا قد قلنا إن المشتري يغير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له ، فإن اتفاقا على أن يمسك المشتري سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب ، فعامة فقهاء الأمصار يجيزون ذلك ، إلا ابن سريج من أصحاب الشافعي فإنه قال : ليس لهما ذلك لأنه خيار في مال ، فلم يكن له إسقاطه يعوض كخيار الشفعة . قال القاضي عبد الوهاب : وهذا غلط ، لأن ذلك حق للمشتري فله أن يستوفيه : أعني أن يرد ويرجع بالثمن ، وله أن يعاوض على تركه ، وما ذكره من خيار الشفعة فإنه شاهد لنا ، فإن له عندنا تركه إلى عوض يأخذه ، وهذا لاختلاف فيه ، وفي هذا الباب فرعان مشهوران من قبيل التبعيض : أحدهما هل إذا اشترى المشتري أنواعا من المبيعات في صفقة واحدة فوجد أحدها معيبا ، فهل يرجع بالجميع ، أو بالذي وجد فيه العيب ؟ فقال قوم : ليس له إلا أن يرد بالجميع أو يمسك ، وبه قال أبو ثور والأوزاعي ، إلا أن يكون قد سمى ما لكل واحد من تلك الأنواع من القيمة ، فإن هذا مما لاختلاف فيه أنه يرد المبيع بعينه فقط ، وإنما الخلاف إذا لم يسم . وقال قوم : يرد المعيب بمحضته من الثمن وذلك بالتقدير ، ومن قال بهذا القول سفيان الثوري وغيره : وروي عن الشافعي القولان معا . وفرق مالك فقال : ينظر في العيب ، فإن كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع ، وإن لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته . وفرق أبو حنيفة تفريقا آخر وقال : إن وجد العيب قبل القبض رد

الجميع ، وإن وجدته بعد القبض رد المغيب بحصته من الثمن . ففي هذه المسئلة أربعة أقوال : فحجة من منع التبعيض في الرد أن الردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشتري والبائع ، وكذلك الذي يبقى إنما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها . ويمكن أنه لو بعضت السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التي أقيم بها . وأما حجة من رأى الرد في البعض المغيب ولا بد فلأنه موضع ضرورة ، فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياسا على أن ما فات في البيع فليس فيه إلا القيمة . وأما تفريق مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسان منه ، لأنه رأى أن ذلك المغيب إذا لم يكن مقصودا في المبيع فليس كبير ضرر في أن لا يوافق الثمن الذي أقيم به أراده المشتري أو البائع . وأما عند ما يكون مقصودا أو أجل المبيع فيعظم الضرر في ذلك . واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب في قيمة الجميع أو في قيمة المغيب خاصة . وأما تفريق أبي حنيفة بين أن يقبض أو لا يقبض ، فإن القبض عنده شرط من شروط تمام البيع ، وما لم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع ، وحكم الاستحقاق في هذه المسئلة حكم الرد بالعيب .

(وأما المسئلة الثانية) فإنهم اختلفوا أيضا في رجائين يبتاعان شيئا واحدا في صفقة واحدة فيجدان به عيبا فيريد أحدهما الرجوع ويأبى الآخر ، فقال الشافعي : لمن أراد الرد أن يرد ، وهي رواية ابن القاسم عن مالك ، وقيل ليس له أن يرد ؛ فمن أوجب الرد شبهه بالصفقتين المتفرقتين ، لأنه قد اجتمع فيها عاقدان ؛ ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة إذا أراد المشتري فيها تبعيض رد المبيع بالعيب .

الفصل الرابع

في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها

وأما إن تغير المبيع عند المشتري ولم يعلم بالعيب إلا بعد تغير المبيع عنده فالحكم في ذلك يختلف عند فقهاء الأمصار بحسب التغير . فأما إن تغير بموت أو فساد أو عتق ، ففقهاء الأمصار على أنه فوت ، ويرجع المشتري على البائع بقيمة العيب . وقال عطاء بن أبي رباح : لا يرجع في الموت والعتق بشيء . وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فأولدها . وكذلك التدبير عندهم ، وهو

القياس في الكتابة . وأما تغيره في البيع فإنهم اختلفوا فيه ، فقال أبو حنيفة والشافعي : إذا باعه لم يرجع بشيء ، وكذلك قال الليث . وأما مالك فله في البيع تفصيل ، وذلك أنه لا يخلو أن يبيعه من بائعه منه أو من غير بائعه ، ولا يخلو أيضا أن يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر ، فإن باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب . وإن باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب ، وإن باعه بأكثر من الثمن نظر ، فإن كان البائع الأول مدلسا : أي عالما بالعيب لم يرجع الأول على الثاني بشيء ، وإن لم يكن مدلسا رجع الأول على الثاني في الثمن والثاني على الأول أيضا ، وينفسخ البيعان ويعود المبيع إلى ملك الأول ، فإن باعه من عند بائعه منه ، فقال ابن القاسم : لا رجوع له بقيمة العيب ، مثل قول أبي حنيفة والشافعي ؛ وقال ابن عبد الحكم : له الرجوع بقيمة العيب ؛ وقال أشهب : يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن ، هذا إذا باعه بأقل مما اشتراه ، وعلى هذا لا يرجع إذا باعه بمثل الثمن أو أكثر ، وبه قال عثمان البتي . ووجه قول ابن القاسم والشافعي وأبي حنيفة أنه إذا فات بالبيع فقد أخذ عوضا من غير أن يعتبر تأثير العيب في ذلك العوض الذي هو الثمن ، ولذلك متى قام عليه المشتري منه بعيب رجع على البائع الأول بلا خلاف . ووجه القول الثاني تشبيهه البيع بالعق . ووجه قول عثمان وأشبه أنه لو كان عنده المبيع لم يكن له إلا الإمساك أو الرد للجميع ، فإذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن ، فليس له إلا ما نقص إلا أن يكون أكثر من قيمة العيب . وقال مالك : إن وهب أو تصدق رجع بقيمة العيب ؛ وقال أبو حنيفة لا يرجع ، لأن هبته أو صدقته تفويت للملك بغير عوض ورضى منه بذلك طلبا للأجر ، فيكون رضاه بإسقاط حق العيب أولى وأحرى بذلك . وأما مالك فقامس الهبة على العتق ، وقد كان القياس أن لا يرجع في شيء من ذلك إذا فات ولم يمكنه الرد ، لأن إجماعهم على أنه إذا كان في يده فليس يجب له إلا الرد أو الإمساك ، دليل على أنه ليس للعيب تأثير في إسقاط شيء من الثمن ، وإنما له تأثير في فسخ البيع فقط . وأما العقود التي يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والإجارة فاختلف في ذلك أصحاب مالك ، فقال ابن القاسم : لا يمنع ذلك من

الرد بالعيب إذا رجع إليه المبيع ؛ وقال أشهب : إذا لم يكن زمان خروجه عن يده زمانا بعيدا كان له الرد بالعيب ، وقول ابن القاسم أولى ، والهبة للثواب عند مالك كالبيع في أنها فوت ، فهذه هي الأحوال التي نظراً على المبيع من العقود الحادثة فيها وأحكامها .

باب في طرو النقصان

وأما إن طرأ على المبيع نقص فلا يخلو أن يكون النقص في قيمته أو في البدن أو في النفس . فأما نقصان القيمة لاختلاف الأسواق ، فغير مؤثر في الرد بالعيب بإجماع . وأما النقصان الحادث في البدن ، فإن كان يسيراً غير مؤثر في القيمة فلا تأثير له في الرد بالعيب ، وحكمه حكم الذي لم يحدث ، وهذا نص مذهب مالك وغيره . وأما النقص الحادث في البدن المؤثر في القيمة ، فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال : أحدها أنه ليس له أن يرجع إلا بقيمة العيب فقط وليس له غير ذلك إذا أتى البائع من الرد ، وبه قال الشافعي في قوله الحديد وأبو حنيفة ، وقال الثوري : ليس له إلا أن يرد ، ويرد مقدار العيب الذي حدث عنده ، وهو قول الشافعي الأول . والقول الثالث قول مالك : إن المشتري بالخيار بين أن يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو يردّه على البائع ويعطيه ثمن العيب الذي حدث عنده ، وأنه إذا اختلف البائع والمشتري ، فقال البائع للمشتري : أنا أقبض المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذي حدث عندك ، وقال المشتري : بل أنا أمسك المبيع ، وتعطى أنت قيمة العيب الذي حدث عندك ، فالقول قول المشتري والخيار له ، وقد قيل في المذهب القول قول البائع ، وهذا إنما يصحح على قول من يرى أنه ليس للمشتري إلا أن يمسك أو يرد . وما نقص عنده . وشذ أبو محمد بن حزم فقال : له أن يرد ولا شيء عليه . وأما حجة من قال : إنه ليس للمشتري إلا أن يرد ويرد قيمة العيب ، أو يمسك ، فلا أنه قد أجمعوا على أنه إذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشتري فليس إلا الرد ، فوجب استصحاب حال هذا الحكم ، وإن حدث عند المشتري عيب مع إعطائه قيمة العيب الذي حدث عنده . وأما من رأى أنه لا يرد المبيع بشيء وإنما له قيمة العيب الذي كان عند البائع ، فقياساً على العتق والموت

لكون هذا الأصل غير مجمع عليه ، وقد خالف فيه عطاء . وأما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشتري غلب المشتري وجعل له الخيار ، لأن البائع لا يخلو من أحد أمرين : إما أن يكون مفرطاً في أنه لم يستعلم العيب ويعلم به المشتري ، أو يكون علمه فدلس به على المشتري . وعند مالك أنه إذا صح أنه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير أن يدفع إليه المشتري قيمة العيب الذي حدث عنده ، فإن مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذي لم يثبت أنه دلس فيه . وأما حجة أبي محمد ، فلا أنه أمر حدث من عند الله كما لو حدث في ملك البائع ، فإن الرد بالعيب دال على أن البيع لم ينعقد في نفسه ، وإنما انعقد في الظاهر ، وأيضا فلا كتاب ولا سنة يوجب على مكلف غرم ما لم يكن له تأثير في نقصه إلا أن يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب ما نقص عنده بأمر من الله ، فهذا حكم العيوب الحادثة في البدن . وأما العيوب التي في النفس كالإباق والسرقة ، فقد قيل في المذهب إنها تُقْبِلُ الرد كعيوب الأبدان ، وقيل لا ، ولا خلاف أن العيب الحادث عند المشتري إذا ارتفع بعد حدوثه أنه لا تأثير له في الرد إلا أن لا تؤمن عاقبته . واختلفوا من هذا الباب في المشتري يطلأ الحاراية ، فقال قوم : إذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب ، وسواء كانت بكراً أو ثيباً ؛ وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعي : يرد قيمة الوطء في البكر ولا يردها في الثيب ؛ وقال قوم : بل يردها ويرد مهر مثلها ، وبه قال ابن أبي شبرمة وابن أبي ليلى ؛ وقال سفيان الثوري : إن كانت ثيباً رد نصف العشر من ثمنها ، وإن كانت بكراً رد العشر من ثمنها ؛ وقال مالك : ليس عليه في وطء الثيب شيء لأنه غلة وجبت له بالضمآن . وأما البكر فهو عيب يثبت عنده للمشتري الخيار على ما سلف من رأيه ، وقد روى مثل هذا القول عن الشافعي ؛ وقال عثمان البتي : الوطء معتبر في العرف في ذلك النوع من الرقيق ، فإن كان له أثر في القيمة رد البائع ما نقص ، وإن لم يكن له أثر لم يلزمه شيء ، فهذا هو حكم النقصان الحادث في المبيعات ، وأما الزيادة الحادثة في المبيع : أعني المتولدة المنفصلة منه ، فاختلف العلماء فيها ، فذهب الشافعي إلى أنها غير مؤثرة في الرد وأنها للمشتري لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « الخرج بالضمآن » . وأما مالك

فاستثنى من ذلك الولد فقال : يرد للبائع ، وليس للمشتري إلا الرد الزائد مع الأصل أو الإمساك . قال أبو حنيفة : الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب أرش العيب إلا الغلة والكسب . وحجته أن ما تولد عن المبيع داخل في العقد ، فلما لم يكن رده ورد ما تولد عنه كان ذلك فوتاً يقتضى أرش العيب إلا ما نصصه الشرع من الخراج والغلة ، وأما الزيادة الحادثة في نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فلإنها إن كانت مثل الصبيغ في الثوب والرقم في الثوب فلإنها توجب الخيار في المذهب ، إما الإمساك والرجوع بقيمة العيب ، وإما في الرد وكونه شريكاً مع البائع بقيمة الزيادة . وأما النماء في البدن مثل السَّمَن فقد قيل في المذهب يثبت به الخيار للمشتري ، وقيل لا يثبت ، وكذلك النقص الذي هو الهزال ، فهذا هو القول في حكم التغيير .

الفصل الخامس

في القضاء في اختلاف الحكم عند اختلاف المتبايعين

وأما صفة الحكم في القضاء بهذه الأحكام فإنه إذا تقارَّ البائع والمشتري على حالة من هذه الأحوال المذكورة ههنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال ، فإن أنكر البائع دعوى القائم ، فلا يخلو أن ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه عنده . فإن أنكر وجود العيب بالمبيع فإن كان العيب يستوى في إدراكه جميع الناس كفى في ذلك شاهدان عدلان ممن اتفق من الناس ، وإن كان مما يختص بعلمه أهل صناعة مّا ، شهد به أهل تلك الصناعة ، فقليل في المذهب عدلان . وقيل لا يشترط في ذلك العدالة ولا العدد ولا الإسلام ، وكذلك الحال إن اختلفوا في كونه مؤثراً في القيمة ، وفي كونه أيضاً قبل أمد التبايع أو بعده ، فإن لم يكن للمشتري بينة حلف البائع أنه ما حدث عنده ، وإن لم تكن له بينة على وجود العيب بالمبيع لم يجب له يمين على البائع . وأما إذا وجب الأرش فوجه الحكم في ذلك أن يقوم الشيء سليماً ويقوم معيباً ويرد المشتري ما بين ذلك ، فإن وجب الخيار قوم ثلاث تقويمات : تقويم وهو سليم ، وتقويم

بالعيب الحادث عند البائع ، وتقويم بالعيب الحادث عند المشتري ، فيرد البائع من الثمن ويسقط عنه ما قدر منه قدر ما تنقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة ، وإن أبى المشتري الرد وأحب الإمساك رد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمعيبة عنده .

الباب الثاني في بيع البراءة

اختلف العلماء في جواز هذا البيع . وصورته أن يشترط البائع على المشتري التزام كل عيب يجده في المبيع على العموم ، فقال أبو حنيفة : يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه ، سماه أولم يسمه ، أبصره أولم يبصره ، وبه قال أبو ثور . وقال الشافعي في أشهر قولييه وهو المنصور عند أصحابه لا يبرأ البائع إلا من عيب يريه للمشتري ، وبه قال الثوري . وأما مالك فالأشهر عنه أن البراءة جائزة مما يعلم البائع من العيوب ، وذلك في الرقيق خاصة ، إلا البراءة من الحمل في الجوارى الرائعات ، فإنه لا يجوز عنده لعظم الضرر فيه ، ويجوز في الوخش . وعنه في رواية ثانية : أنه يجوز في الرقيق والحيوان . وفي رواية ثالثة مثل قول الشافعي . وقد روى عنه أن بيع البراءة إنما يصح من السلطان فقط ، وقيل في بيع السلطان وبيع الموارث ، وذلك من غير أن يشترطوا البراءة . وحجة من رأى القول بالبراءة على الإطلاق أن القيام بالعيب حق من حقوق المشتري قبل البائع ، فإذا أسقطه سقط أصله سائر الحقوق الواجبة . وحجة من لم يجزه على الإطلاق أن ذلك من باب الضرر فيما لم يعلمه البائع ، ومن باب الغبن والغش فيما علمه ، ولذلك اشترط جهل البائع مالك . وبالحملة فعمدة مالك ما رواه في الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه على البراءة ، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالغلام داء لم تسمه ، فاختصما إلى عثمان ، فقال الرجل : باعني عبدا وبه داء لم يسمه لي ، وقال عبد الله : بعتك بالبراءة ، ف قضى عثمان على عبد الله أن يحلف لقد باع العبد وما به داء يعلمه ، فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد . وروى أيضا أن زيد بن ثابت كان يبيع البراءة . وإنما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم في الأكثر خافية . وبالحملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشتري ،

ولما كان ذلك يختلف اختلافا كثيرا كاختلاف المبيعات في صفاتها وجب إذا اتفقا على الجهل به أن لا يجوز أصله إذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة في الثمن ، ولذلك حكى ابن القاسم في المدونة عن مالك أن آخر قوله كان إنكار بيع البراءة إلا ما خفف فيه السلطان ، وفي قضاء الديون خاصة . وذهب المغيرة من أصحاب مالك إلى أن البراءة إنما تجوز فيما كان من العيوب لا يتجاوز فيها ثلث المبيع ، والبراءة بالجملة إنما تلزم عند انقائين بالشرط : أعنى إذا اشترطها إلا بيع السلطان والمواريث عند مالك فقط . فالكلام بالجملة في بيع البراءة هو في جوازه وفي شرط جوازه ، وفيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ، ولمن يجوز بالشرط أو مطلقا ، وهذه كلها قد تقدمت بالقوة في قولنا فاعلمه .

(الحملة الثانية : في وقت ضمان المبيعات) واختلوا في الوقت الذي يضمن فيه المشتري المبيع أنى تكون خسارته إن هلك منه . فقال أبو حنيفة والشافعي : لا يضمن المشتري إلا بعد القبض . وأما مالك فله في ذلك تفصيل ، وذلك أن المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام : بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أو كيل وعدد . وبيع ليس فيه حق توفية ، وهو الخراف أو ما لا يوزن ولا يكال ولا يعد . فأما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشتري إلا بعد القبض . وأما ما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف في المذهب أن ضمانه من المشتري وإن لم يقبضه . وأما المبيع الغائب ، فعن مالك في ذلك ثلاث روايات : أشهرها أن الضمان من البائع إلا أن يشترطه على المبتاع . والثانية أنه من المبتاع إلا أن يشترطه على البائع . والثالثة الفرق بين ما ليس بمأون البقاء إلى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكولات ، وبين ما هو مأون البقاء . والخلاف في هذه المسئلة مبني هل على القبض شرط من شروط العقد ، أو حكم من أحكام العقد ، والعقد لازم دون القبض ؟ فن قال انقبض من شروط صحة العقد أو لزومه أو كيفما شئت أن تعبر في هذا المعنى كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشتري ؛ ومن قال ذو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع وقد انعقد ولزم قال : العقد يدخل في ضمان المشتري . وتفريق مالك بين الغائب والحاضر ، والذي فيه حق توفية والذي ليس فيه حق توفية استحسن ، ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل . وذهب أهل

الظاهر إلى أن بالعقد يدخل في ضمان المشتري وفيما أحسب ، وعمدة من رأى ذلك اتفاهم على أن الحراج قبل القبض للمشتري ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « الحراج بال ضمان » وعمدة المخالف حديث عتاب بن أسيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه إلى مكة قال له « أَنْتَهُمُ عَنْ بَيْعِ مَا كُمْ يَقْبِضُوا وَرَبِّحْ مَا كُمْ يَضْمَنُوا » وقد تكلمنا في شرط القبض في المبيع فيما سلف ، ولا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشتري بعد القبض إلا في العهدة والجوائح . وإذ قد ذكرنا العهدة فينبغي أن نذكر ههنا الجوائح .

القول في الجوائح

اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار ، فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ، ومنعها أبو حنيفة والثوري والشافعي في قوله الجديد والليث . فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ بَاعَ ثَمَرًا فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَلَا يَأْخُذُ مِنْ أَخِيهِ شَيْئًا ، عَلَى مَاذَا يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ ؟ » أخرجه مسلم عن جابر . وماروهي عنه أنه قال « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح » . فعمدة من أجاز الجوائح حديثنا جابر هذان ، وقياس الشبه أيضا ، وذلك أنهم قالوا : إنه مبيع بقی على البائع فيه حق توفية ، بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل ، فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التي بقي فيها حق توفية ، والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أن هذا بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكمل بعد ، فكأنه مستثنى من النهي عن بيع ما لم يخلق ، فوجب أن يكون في ضمانه مخالفا لسائر المبيعات . ولما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات وأن التخلية في هذا المبيع هو القبض . وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري ومن طريق السماع أيضا حديث أبي سعيد الخدري قال « أجبح رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ ، فَتَصَدَّقَ عَلَيْهِ فَلَمْ يَبْلُغْ وَفَاءَ دِينِهِ ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ » قالوا : فلم يحكم

بالجائحة . فسبب الخلاف في هذه المسئلة هو تعارض الآثار فيهما وتعارض مقاييس الشبه ، وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذى هو الأصل عنده بالتأويل ، فقال من منع الجائحة : يشبه أن يكون الأمر بها إنما ورد من قبل النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، قالوا : ويشهد لذلك أنه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا أن لا يبيعوا الثمر إلا بعد أن يبدو صلاحه ، وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور ، وقال من أجازها في حديث أبي سعيد : يمكن أن يكون البائع عديما فلم يقض عليه بجائحة أو أن يكون المقدار الذى أصيب من الثمر مقدارا لا يلزم فيه جائحة ، أو أن يكون أصيب في غير الوقت الذى تجب فيه الجائحة ، مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب . وأما الشافعى فروى حديث جابر عن سلمان بن عتيق عن جابر ، وكان يضعفه ويقول : إنه اضطرب في ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال : إن ثبت الحديث وسبب وضعها في القليل والكثير ، ولا خلاف بينهم في القضاء بالجائحة بالعطش ، وقد جعل القائلون بها اتفاقهم في هذا حجة على إثباتها .

والكلام في أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر في أربعة فصول : الأول : في معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح . الثاني في محل الجوائح من المبيعات الثالث : في مقدار ما يوضع منه فيه . الرابع : في الوقت الذى توضع فيه .

الفصل الأول في معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح

وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن ، فلا خلاف في المذهب أنه جائحة . وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع أنه جائحة . وأما ما أصاب من صنع آدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة . والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين : فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالبا كالجيش ولم ير ما كان منه بمغافصة^١ جائحة مثل السرقة ، وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة آدميين جائحة بأى وجه كان ، فن جعلها في الأمور السبوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام

(١) غافصه : أخذه على غرة .

« أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَ ؟ » ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالأمور السماوية ، ومن استثنى اللص قال : يمكن أن يتحفظ منه .

الفصل الثاني في محل الجوائح من المبيعات

ومحل الجوائح هي الثمار والبقول : فأما الثمار فلا خلاف فيها في المذهب . وأما البقول ففيها خلاف ، والأشهر فيها الحائجة ، وإنما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالأصل الذي هو الثمر .

الفصل الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه

وأما المقدار الذي تجب فيه الحائجة ، أما في الثمار فالثالث ، وأما في البقول فقليل في القليل والكثير ، وقيل في الثلث ، وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل وأشهب يعتبر الثلث في القيمة ، فإذا ذهب من الثمر عند أشهب ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن ، وسواء كان ثلثا في الكيل أو لم يكن . وأما ابن القاسم فإنه إذا ذهب من الثمر الثلث من الكيل ، فإن كان نوعا واحدا ليس تختلف قيمة بطونه حظا عنه من الثمن الثالث ، وإن كان الثمر أنواعا كثيرة مختلفة القيم ، أو كان بطونا مختلفة القيم أيضا اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع ، فإذا كان قدره حظ بذلك القدر من الثمن ، ففي موضع يعتبر المكيلة فقط ، حيث تستوى القيمة في أجزاء الثمرة ويطونها وفي موضع يعتبر أمرين جميعا حيث تختلف القيمة ، والمالكية يحتجون في مصيرهم إلى التقدير في وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقا بأن القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير إذ كان معلوما أن القليل يذهب من كل ثمر ، فكأن المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة وإن لم يدخل بالنطق ، وأيضا فإن الحائجة التي علق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير . قالوا : وإذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث ، إذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة ، وإن كان المذهب يضطرب في هذا الأصل ، فرة يجعل الثلث من حيز الكثير كمجعله لإياه ههنا ، ومرة يجعله في حيز القليل ولم يضطرب في أنه الفرق بين القليل والكثير ، والمقدرات يعسر إثباتها بالقياس

عند جمهور الفقهاء ، ولذلك قال الشافعي : لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير ، وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص في الوصية في قوله عليه الصلاة والسلام « الثلث ، والثلث كثير » .

الفصل الرابع في الوقت الذي توضع فيه

وأما زمان القضاء بالجائحة ، فاتفق المذهب على وجوبها في الزمان الذي يحتاج فيه إلى تبقية الثمر على رموس الشجر حيث يستوفى طيبه . واختلفوا إذا أبقاه المشتري في الثمار ليبيعه على النضارة وشيئا شيئا ، فقليل فيه الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه ، وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه ، وذلك أن هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة ؛ فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ؛ ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة ، أعنى من رأى أن النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب . مطلوب قال : بوجوب الجائحة فيه ؛ ومن لم ير الأمر فيهما واحدا قال : ليس فيه جائحة ، ومن ههنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول .

(الجملة الثالثة من جمل النظر في الأحكام) وهو في تابعات المبيعات ، ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنان : الأولى بيع النخيل وفيها الثمر متى يتبع بيع الأصل ومضى لا يتبعه ؟ فجمهور الفقهاء على أن من باع نخلا فيها ثمر قبل أن يؤثر فإن الثمر للمشتري ، وإذا كان البيع بعد الإبرار فالثمر للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، والثمار كلها في هذا المعنى في معنى النخيل ، وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبْرِتَ فَشَمْرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ » قالوا : فلما حكم صلى الله عليه وسلم بالثمن للبائع بعد الإبرار علمنا بدليل الخطاب أنها للمشتري قبل الإبرار بلا شرط ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : هي للبائع قبل الإبرار وبعده ، ولم يجعل المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الأخرى والأولى ، قالوا : وذلك أنه إذا وجبت للبائع بعد الإبرار فهي أخرى أن تجب له قبل الإبرار . وشبهوا خروج الثمر بالولادة ، وكما أن من باع أمة لها ولد فولدها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع كذلك الأدر في الثمن . وقال ابن أبي ليلى : سواء أبر

أو لم يؤثر إذا بيع الأصل فهو للمشتري اشتراطها أو لم يشترطها ، فرد الحديث بالقياس ، لأنه رأى أن الثمر جزء من المبيع ، ولا معنى لهذا القول إلا إن كان لم يثبت عنده الحديث . وأما أبو حنيفة فلم يرد الحديث ، وإنما خالف مفهوم الدليل فيه . فإذا سبب الخلاف في هذه المسئلة بين أبي حنيفة والشافعي ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب الدليل مفهوم الأخرى والأولى ، وهو الذى يسمى فحوى الخطاب لكنه ههنا ضعيف ، وإن كان فى الأصل أقوى من دليل الخطاب . وأما سبب مخالفة ابن أبى ليلى فعارضة القياس للسمع ، وهو كما قلنا ضعيف . والإبرار عند العلماء أن يجعل طلع ذكور النخل فى طلع إناثها ، وفى سائر الشجر أن تنور وتعقد ، والتذكير فى شجر الذين اتى تذكر فى معنى الإبرار ، وإبرار الزرع مختلف فيه فى المذهب ، فروى ابن القاسم عن مالك أن إبراره أن يفرك قياسا على سائر الثمر ، وهل الموجب لهذا الحكم هو الإبرار أو وقت الإبرار ؟ قيل الوقت ، وقيل الإبرار ، وعلى هذا ينبئ الاختلاف إذا أبر بعض النخل ولم يؤثر البعض ، هل يتبع ما لم يؤثر ما أبر أولا يتبعه ؟ وانفقوا فيما أحسبه على أنه إذا بيع ثمر وقد دخل وقت الإبرار فلم يؤثر أن حكمه حكم المؤبر .

(المسئلة الثانية) وهى اختلافهم فى بيع مال العبد ، وذلك أنهم اختلفوا فى مال العبد هل يتبعه فى البيع والعق ؟ على ثلاثة أقوال : أحدها أن ماله فى البيع والعق لسيده ، وكذلك فى المكاتب ، وبه قال الشافعي والكوفيون . والثانى أن ماله تبع له فى البيع والعق ، وهو قول داود وأبى ثور . والثالث أنه تبع له فى العقق لافى البيع إلا أن يشترطه المشتري ، وبه قال مالك والليث . فحجة من رأى أن ماله فى البيع لسيده إلا أن يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَقَالَ لَهُ لِلَّذِي بَاعَهُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُبْتَاعُ » ومن جعله لسيده فى العقق فقياسا على البيع . وحجة من رأى أنه تبع للعبد فى كل حال انبنت على كون العبد مالكا عندهم وهى مسئلة اختلف العلماء فيها اختلافا كثيرا : أعنى هل يملك العبد أو لا يملك ؟ ويشبه أن يكون هؤلاء إنما غلبوا القياس على السماع ، لأن حديثه

ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالما ، لأن نافعا رواه عن ابن عمر وسلم رواه عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم : وأما مالك فغلب القياس في العتق والسماع في البيع . وقال مالك في الموطأ : الأمر المختص عليه عندنا أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له نقدا كان أو عرضا أو دينا . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « مَنْ أَعْتَقَ غُلَامًا فَقَالَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَسْتَنْفِيَهُ سَيِّدُهُ » ويجوز عند مالك أن يشتري العبد وماله بدراهم ، وإن كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم . وخالفه أبو حنيفة والشافعي إذا كان مال العبد نقدا ، وقالوا : العبد وماله بمنزلة من باع شيئين لا يجوز فيهما إلا ما يجوز في سائر البيوع . واختلف أصحاب مالك في اشتراط المشتري لبعض مال العبد في صفقة البيع ، فقال ابن القاسم : لا يجوز ، وقال أشهب : جائز أن يشترط بعضه ، وفرق بعضهم فقال : إن كان ما اشترى به العبد عينا وفي مال العبد عين لم يحجز ذلك لأنه يدخله دراهم بعرض ودراهم ، وإن كان ما اشترى به عروضاً أو لم يكن في مال العبد دراهم جاز . ووجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز أن يشترط بعض تشبيهه بثمر النخل بعد الإبرار . ووجه قول أشهب تشبيه الجزء بالكل ، وفي هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه . ومن مشهور مسائلهم في هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان في الثمن الذي انعقد عليه البيع بعد البيع بما يرضى به المتبايعان ، أعني أن يزيد المشتري البائع بعد البيع على الثمن الذي انعقد عليه البيع أو يحط منه البائع ، هل يتبع حكم الثمن أم لا ؟ وفائدة الفرق أن من قال هي من الثمن أوجب ردها في الاستحقاق وفي الرد بالعيب وما أشبه ذلك ، وأيضا من جعلها في حكم الثمن الأول إن كانت فاسدة البيع ، ومن لم يجعلها من الثمن : أنشأ الزيادة لم يوجب شيئا من هذا ، فذهب أبو حنيفة إلى أنها من الثمن إلا أنه قال لا تثبت الزيادة في حق الشقيع ولا في بيع المراجعة ، بل الحكم للثمن الأول ، وبه قال مالك ؛ وقال الشافعي : لا تلحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلا وهو في حكم الهبة ، واستدل من ألحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل - وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاخَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيقَةِ - قالوا : وإذا لحقت الزيادة في الصداق بالصداق

لحقت في البيع بالثمن : واحتج الفريق الثاني باتفاقهم على أنها لا تلحق في الشفعة وبالجملة من رأى أن العقد الأول قد تقرر قال : الزيادة هبة ؛ ومن رأى أنها فسخ للعقد الأول وعقد ثان عدها من الثمن .

(الجملة الرابعة) وإذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا في مقدار الثمن ولم تكن هناك بيئة ففقهاء الأمصار متفقون على أنهما يتحالفان ويتفاخنان بالجملة ويختلفون في التفصيل ، أعنى في الوقت الذي يحكم فيه بالإيمان والتفاسخ ، فقال أبو حنيفة وجماعة : إنهما يتحالفان ويتفاخنان ما لم تفت عين السلعة ، فإن فاتت فالقول قول المشتري مع يمينه . وقال الشافعي ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وأشهب صاحب مالك : يتحالفان في كل وقت . وأما مالك فعنه روايتان : إحداهما أنهما يتحالفان ويتفاخنان قبل القبض وبعد القبض القول قول المشتري . والرواية الثانية مثل قول أبي حنيفة ، وهى رواية ابن القاسم ، والثانية رواية أشهب ، والقوت عنده يكون بتغيير الأسواق وبزيادة المبيع ونقصانه . وقال داود وأبو ثور : القول قول المشتري على كل حال ، وكذلك قال زفر ، إلا أن يكونا اختلفا في جنس الثمن ، فحينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف ، ولا خلاف أنهم إذا اختلفوا في جنس الثمن أو المثلون أن الواجب هو التحالف والتفاسخ ، وإنما صار فقهاء الأمصار إلى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف في عدد الثمن لحديث ابن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَيْمَانًا بَيِّعَتَيْنِ تَبَايَعَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ أَوْ يَتَرَادَّانِ » فمن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال : يتحالفان في كل حال ويتفاخضان ، والعلة في ذلك عنده أن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه . وأما من رأى أن الحديث إنما يجب أن يحمل على الحالة التي يجب أن يتساوى فيها دعوى البائع والمشتري قال : إذا قبض السلعة أو فاتت فقد صار القبض شاهدا للمشتري وشبهة لصدقه ، واليمين إنما يجب على أقوى المتداعيين شبهة ، وهذا هو أصل مالك في الإيمان ، ولذلك يوجب في مواضع اليمين على المدعى ، وفي مواضع على المدعى عليه ، وذلك أنه لم يجب اليمين بالنص على المدعى عليه من حيث هو مدعى عليه ، وإنما وجبت عليه من حيث هو في الأكثر أقوى شبهة ، فإذا كان المدعى في مواطن أقوى شبهة وجب

أن يكون اليمين في حيزه . وأما من رأى القول قول المشتري ، فإنه رأى أن البائع مقر للمشتري بالشراء ومدّع عليه عدداً ما في الثمن . وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لأنه منقطع ولذلك لم يخرج به الشيخان البخاري ومسلم ، وإنما خرج به مالك . وعن مالك : إذا نكل المتبايعان عن الأيمان روايتان : لإحداهما الفسخ ، والثانية أن القول قول البائع . وكذلك من يبدأ باليمين في المذهب فيه خلاف ، فالأشهر البائع على ما في الحديث ، وهل إذا وقع التفاسخ يجوز لأحدهما أن يختار قول صاحبه ؟ فيه خلاف في المذهب .

(القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع) وهو النظر في حكم البيع الفاسد إذا وقع ، فنقول : اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت بإحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة سوق أن حكمها الرد أخصى أن يرد البائع الثمن والمشتري المثلون . واختلفوا إذا قبضت وتصرف فيها بعق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة ، وكذلك إذا نمت أو نقصت فقال الشافعي : ليس ذلك كله قوتا ولا شبهة ملك في البيع الفاسد وأن الواجب الرد ، وقال مالك : كل ذلك فوت يوجب القيمة إلا ما روى عنه ابن وهب في الربا أنه ليس بفوت ، ومثل ذلك قال أبو حنيفة . والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم إلى محرمة وإلى مكروهة . فأما المحرمة فإنها إذا فاتت مضت بالقيمة . وأما المكروهة فإنها إذا فاتت صحت عنده ، وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك ، فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندهم فيه فوت ، ومالك يرى أن النهي في هذه الأمور إنما هو لمكان عدم العدل فيها ، أعني بيع الربا والغرر ، فإذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة ، لأنه قد قبض السلعة وهي تساوى ألفاً وترد وهي تساوى خمسمائة أو بالعكس ، ولذلك يرى مالك حوالة الأسواق قوتا في المبيع الفاسد ، ومالك يرى في البيع والسلف أنه إذا فات وكان البائع هو السلف رد المشتري القيمة ما لم تكن أزيد من الثمن ، لأن المشتري قد دفع له في الثمن لمكان السلف فليس من العدل أن يرد أكثر من ذلك ، وإن كان المشتري هو الذي أسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف ،

فإذا وجبت على المشتري القيمة ردها ما لم تكن أقل من الثمن ، لأن هذه البيوع إنما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل السلف الذي هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ، ومالك في هذه المسئلة أفقه من الجميع . واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض : أعنى شرط السلف ، هل يصح البيع أم لا ؟ فقال أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء : البيع مفسوخ ؛ وقال مالك وأصحابه : البيع غير مفسوخ إلا ابن عبد الحكم قال : البيع مفسوخ . وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور : وحجة الجمهور أن النهي يتضمن فساد النهي فإذا انعقد البيع فاسدا لم يصححه بعد رفع الشرط الذي من قبله وقع الفساد ، كما أن رفع السبب المفسد في المحسوسات بعد فساد الشيء ليس يقتضى عودة الشيء إلى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه . وروى أن محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة إسماعيل بن إسحاق المالكي فقال له : ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر ، فلما انعقد البيع بينهما قال : أنا أدع الزق ، وهذا البيع مفسوخ عند العلماء بإجماع ، فوجب أن يكون بيع السلف كذلك ، فجواب عن ذلك بحجاب لا تقوم به حجة ، وقد تقدم القول في ذلك . ولذا قد انقضى القول في أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة ، وفي أصول أحكام البيوع الصحيحة ، وأصول الأحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أو لكثير منها فلنصر إلى ما يخص واحدا واحدا من هذه الأربعة الأجناس ، وذلك بأن نذكر منها ما يجري مجرى الأصول .

كتاب الصرف

ولما كان يخص هذا البيع شرطان : أحدهما عدم النسبة وهو الفور ، والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر في هذا الباب ينحصر في خمسة أجناس : الأول : في معرفة ما هو نسبيته مما ليس بنسبيته . الثاني : في معرفة ما هو بمائل بما ليس بمائل ، إذ هذان القسمان يقسمان بقصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف . الثالث : فيما وقع أيضا من هذا البيع بصورة مختلف فيها هل هو ذريعة إلى أحد هذين أعنى الزيادة والنسبة أو كليهما عند من قال بالفرائع

وهو مالك وأصحابه ، وهذا نقسم أيضا إلى نوعين كانقسام أصله . الخامس
 في خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان : أعني عدم
 النساء والتفاضل أو كليهما ، وذلك أنه يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين
 الشرطين فيه في أحكام كثيرة . وأنت إذا تأملت الكتب الموضوعة في فروع
 الكتاب الذى يرسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة إلى هذه الأجناس
 الخمسة ، أو إلى ما يتركب منها ما عدا المسائل التى يدخلون فى الكتاب الواحد
 بعينه ، مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل إدخال الملكية فى الصرف مسائل كثيرة
 هى من باب الاقتضاء فى السلف ، لكن لما كان الفاسد منها يثول إلى أحد
 هذين الأصلين ، أعني إلى صرف بنسيئة أو بتفاضل . أدخلوها فى هذا الكتاب
 مثل مسائلهم فى اقتضاء القائمة والمجموعة والفراى بعضها من بعض ، لكن لما
 كان قصدها إنما هو ذكر المسائل التى هى منطوق بها فى الشرع أو قريب من
 المنطوق بها رأينا أن نذكر فى هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجرى مجرى
 الأصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب ، فإن هذا الكتاب إنما
 وضعناه ليلعب به المجتهد فى هذه الصناعة رتبة الاجتهاد إذا حصل ما يجب له أن
 يحصل قبله من القدر الكافى له فى علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه ، ويكفى
 من ذلك ما هو مساو لحرم هذا الكتاب أو أقل ، وبهذه الرتبة يسمى فقيها
 لا يحفظ مسائل الفقه ولو بلغت فى العدد أقصى ما يمكن أن يحفظه إنسان كما نجد
 متفقهة زماننا يظنون أن الأفقه هو الذى حفظ مسائل أكثر ، وهؤلاء عرض
 لهم شبيه ما يعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذى عنده خفاف كثيرة لا الذى
 يقدر على عملها ، وهو بين أن الذى عنده خفاف كثيرة سيأتيه إنسان يقدم
 لا يجد فى خفافه ما يصلح لقدمه ، فيلجأ إلى صانع الخفاف ضرورة ، وهو
 الذى يصنع لكل قدم خفا يوافقه ، فهذا هو مثال أكثر المتفقهة فى هذا الوقت
 وإذا قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع إلى حيث كنا من ذكر المسائل التى
 وعدنا بها .

(المسئلة الأولى) أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة
 لا يجوز إلا مثلاً بمثل يدا بيد ، إلا ما روى عن ابن عباس . ومن تبعه من
 المكين فإنهم أجازوا بيعه متفاضلا ومنعه نسيئة فقط ، وإنما صار ابن عباس

لذلك لما رواه عن أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ربا إلا في النسب » وهو حديث صحيح ، فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا إلا في النسب ، وأما الجمهور فصاروا إلى ما رواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تتبعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تتبعوا الفضة بالفضة إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تتبعوا مئنة شئنا غائباً بيننا » وهو من أصح ما روى في هذا الباب . وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضاً في هذا الباب ، فصار الجمهور إلى هذه الأحاديث إذ كانت نصاً في ذلك . وأما حديث ابن عباس فإنه ليس بنص في ذلك لأنه روى فيه لفظان : أحدهما أنه قال « لا ربا في النسب » وهذا ليس يفهم منه إجازة التفاضل إلا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولا سيما إذا عارضه النص . وأما اللفظ الآخر وهو « لا ربا إلا في النسب » فهو أقوى من هذا اللفظ لأن ظاهره يقتضي أن ما عدا النسب فليس بربا ، لكن يحتمل أن يريد بقوله « لا ربا إلا في النسب » من جهة أن الواقع في الأكثر ، وإذا كان هذا محتملاً والأول نص وجب تأويله على الجهة التي يصح الجمع بينهما . وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتبره ومصوغه سواء في منع بيع بعضه ببعض متفاضلاً لعموم الأحاديث المتقدمة في ذلك ، إلا معاوية فإنه كان يميز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة ، وإلا ما روى عن مالك أنه سئل عن الرجل يأتي دار الضرب بورقه فيعطيهم أجرة الضرب ويأخذ منهم دنانير ودرهم وزن وورقه أو دراهمه ، فقال : إذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فأرجو أن لا يكون به بأس ، وبه قال ابن القاسم من أصحابه ، وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجهور العلماء . وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوازن أو بالدينارين على اختلاف بين أصحابه في العدد الذي يجوز فيه ذلك من الذي لا يجوز على جهة المعروف :

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء في السيف والمصحف المحلى ببيع بالفضة

وفيه حلية فضة ، أو بالذهب وفيه حلية ذهب ، فقال الشافعي : لا يجوز ذلك لجهل المائلة المشترطة في بيع الفضة بالفضة في ذلك والذهب بالذهب ، وقال مالك : إن كان قيمة ما فيه من الذهب أو الفضة الثلث فأقل جاز بيعه ، أعنى بالفضة إن كانت حليته فضة ، أو بالذهب إن كانت حليته ذهباً وإلا لم يجوز ، وكأنه رأى أنه إذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة في البيع وصارت كأنها هبة ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا بأس ببيع السيف الخلى بالفضة إذا كانت الفضة أكثر من الفضة التي في السيف ، وكذلك الأمر في بيع السيف الخلى بالذهب ، لأنهم رأوا أن الفضة التي فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب أو الفضة المشترطة به ، ويبقى الفضل قيمة السيف . وحجة الشافعي عموم الأحاديث والنص الوارد في ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الأنصاري أنه قال « أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخير بقلادة فيها ذهب وخرز وهي من المغنم تباع ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة ينزع وحده ، ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزَنَا بِوَزْنٍ » خرجه مسلم . وأما معاوية كما قلنا فأجاز ذلك على الإطلاق ، وقد أنكره عليه أبو سعيد وقال : لا أسكن في أرض أنت فيها لما رواه من الحديث .

(المسئلة الثالثة) اتفق العلماء على أن من شرط الصرف أن يقع ناجزاً : واختلفوا في الزمان الذي يحذف هذا المعنى ، فقال أبو حنيفة والشافعي : الصرف يقع ناجزاً ما لم يفترق المتصارفان تعجل أو تأخر القبض ؛ وقال مالك : إن تأخر القبض في المجلس بطل الصرف وإن لم يفترقا حتى كره المواعدة فيه . وسبب الخلاف تردددهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « إلاَّ هاءَ وهاءَ » وذلك أن هذا يختلف بالأقل والأكثر ؛ فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس ، أعنى أنه يطلق عليه أنه باع هاء وهاء قال : يجوز التأخير في المجلس ؛ ومن رأى أن اللفظ لا يصح إلا إذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال : إن تأخر القبض عن العقد في المجلس بطل الصرف لاتفاقهم على هذا المعنى لم يجوز عندهم في الصرف حوالة ولا حالة ولا خيار ، إلا ما حكى عن

أبي ثور أنه أجاز فيه الخيار . واختلف في المذهب . في التأخير الذي يغلب عليه المتصارفان أو أحدهما ، فمرة قيل فيه إنه مثل الذي يقع بالاختيار ، ومرة قيل إنه ليس كذلك في تفاصيل لم في ذلك ليس قصدنا ذكرها في هذا الكتاب .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء فيمن اضطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا ، فأراد رده ، فقال مالك : ينتقض الصرف ، وإن كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فما فوقه إلى صرف دينار ، فإن زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر ، وهكذا ما بينه وبين أن ينتهي إلى صرف دينار . قال : وإن رضى بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شيء . وقال أبو حنيفة : لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ، ويجوز تبديله إلا أن تكون الزيوف نصف الدراهم أو أكثر ، فإن ردها بطل الصرف في المردود . وقال الثوري : إذا رد الزيوف كان مخيرا إن شاء أبداها أو يكون شريكا له بقدر ذلك في الدنانير : أعني لصاحب الدنانير . وقال أحمد : لا يبطل الصرف بالرد قليلا كان أو كثيرا . وابن وهب من أصحاب مالك يجيز البذل في الصرف ، وهو مبني على أن الغلبة على النظرة في الصرف ليس لها تأثير ولا سيما في البعض وهو أحسن . وعن الشافعي في بطلان الصرف بالزيوف قولان ، فيتحصل لفقهاء الأمصار في هذه المسئلة أربعة أقوال : قول بإبطال الصرف مطلقا عند الرد ؛ وقول بإثبات الصرف ووجوب البذل ؛ وقول بالفرق بين القليل والكثير ؛ وقول بالتخيير بين بدل الزائف أو يكون شريكا له . وسبب الخلاف في هذا كله : هل الغلبة على التأخير في الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة ؟ وإن كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في القليل أو في الكثير ؟ وأما وجود النقصان فإن المذهب اضطرب فيه ، فمرة قال فيه إنه إن رضى بالنقصان جاز الصرف ، وإن طلب البذل انتقض الصرف قياسا على الزيوف ، ومرة قال : يبطل الصرف وإن رضى به ، وهو ضعيف . واختلفوا أيضا إذا قبض بعض الصرف وتأخر بعضه ، أعني الصرف المنعقد على التناجز ، فقيل يبطل الصرف كله ، وبه قال الشافعي ؛ وقيل يبطل منه المتأخر فقط ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبي يوسف ، والقولان في المذهب ؛ ومبني الخلاف الخلاف في الصفقة الواحدة بخاطرها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها ، أو الحرام منها فقط ؟.

(المسئلة الخامسة) أجمع العلماء على أن المراطلة جائزة في الذهب بالذهب
 وفي الفضة بالفضة ، وإن اختلف العدد لاتفاق الوزن ، وذلك إذا كانت صفة
 الذهبين واحدة . واختلفوا في المراطلة في موضعين : أحدهما أن تختلف صفة
 الذهبين ، والثاني أن ينقص أحد الذهبين عن الآخر ، فيريد الآخر أن يزيد
 بذلك عرضا أو دراهم إن كانت المراطلة بذهب ، أو ذهباً إن كانت المراطلة
 بدراهم ، فذهب مالك ، أما في الموضع الأول ، وهو أن يختلف جنس المراطل
 بهما في الجودة والرداءة أنه متى راطل بأحدهما بصنف من الذهب الواحد
 وأخرج الآخر ذهبيت ، أحدهما أجود من ذلك الصنف الواحد والآخر أردأ ،
 فإن ذلك عنده لا يجوز ، وإن كان الصنف الواحد من الذهبين ، أعنى الذى
 أخرجه وحده أجود من الذهبين المختلفين اللذين أخرجهما الآخر أو أردأ
 منهما معا ، أو مثل أحدهما وأجود من الثانى جازت المراطلة عنده . وقال
 الشافعى : إذا اختلف الذهبان فلا يجوز ذلك . وقال أبو حنيفة وجميع الكوفيين
 والبصريين يجوز جميع ذلك : وعمدة مذهب مالك في منعه ذلك الاتهام ، وهو
 مصير إلى القول بسدّ الذرائع ، وذلك أنه يهتم أن يكون المراطل إنما قصد
 بذلك بيع الذهبين متفاضلا ، فكأنه أعطى جزءا من الوسط بأكثر منه من
 الأردأ ، أو بأقل منه من الأعلى ، فيتلذع من ذلك إلى بيع الذهب بالذهب
 متفاضلا ، مثال ذلك أن إنسانا قال لآخر : خذ منى خمسة وعشرين مثقالا
 وسطا بعشرين من الأعلى ، فقال : لا يجوز هذا لنا ، ولكن أعطيك عشرين
 من الأعلى وعشرة أدنى من ذهبك ، وتعطينى أنت ثلاثين من الوسط ، فتكون
 العشرة الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك ، ويقابل العشرين من ذهب الوسط
 العشرين من ذهبك الأعلى . وعمدة الشافعى اعتبار التفاضل الموجود في القيمة .
 وعمدة أبى حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسدّ الذرائع .
 ومثل اختلافهم في المصارفة التى تكون بالمراطلة اختلفوا في هذا الموضع في المصارفة
 التى تكون بالعدد ، أعنى إذا اختلفت جودة الذهبين أو الأذهاب . وأما
 اختلافهم إذا نقصت المراطلة ، فأراد أحدهما أن يزيد شيئا آخر مما فيه الربا ،
 أو مما لا ربا فيه ، فقريب من هذا الاختلاف ، مثل أن يراطل أحدهما صاحبه
 ذهب بذهب ، فينقص أحد الذهبين عن الآخر ، فيريد الذى نقص ذهبه أن

يعطى عوض الناقص دراهم أو عرضا ، فقال مالك والشافعي والليث : إن ذلك لا يجوز والمراطة فاسدة ؛ وأجاز ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون . وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل للعرض . وعمدة مالك التهمة في أن يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا . وعمدة الشافعي عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذي بالفضل ، ومثل هذا يختلفون إذا كانت المصارفة بالعدد .

(المسئلة السادسة) واختلفوا في الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه دنائير وللآخر عليه دراهم ، هل يجوز أن يتصارفاها وهي في الذمة ؟ فقال مالك : ذلك جائز إذا كانا قد حلا معا ؛ وقال أبو حنيفة يجوز في الحال وفي غير الحال ؛ وقال الشافعي والليث : لا يجوز ذلك حلا أو لم يحل . وحجة من لم يجزه أنه غائب بغائب ، وإذا لم يجز غائب بناجز كان أخرى أن لا يجوز غائب بغائب . وأما مالك فأقام حلول الأجابين في ذلك مقام الناجز بالناجز ، وإنما اشترط أن يكونا حاليين معا ، لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين . ويقول الشافعي قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك ؛ وقريب من هذا اختلافهم في جواز الصرف على ما ليس عندهما إذا دفعه أحدهما إلى صاحبه قبل الافتراق مثل أن يستقرضاه في المجلس فتقابضاه قبل الافتراق فأجاز ذلك الشافعي وأبو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخذه من الطرف الواحد ، أعني إذا كان أحدهما هو المستقرض فقط . وقال زفر : لا يجوز ذلك إلا أن يكون من طرف واحد . ومن هذا الباب اختلافهم في الرجل يكون له على الرجل دراهم إلى أجل هل يأخذ فيها إذا حل الأجل ذهابا أو بالعكس ؟ فذهب مالك إلى جواز ذلك إذا كان القبض قبل الافتراق ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه أجاز ذلك وإن لم يحل الأجل ولم يجز ذلك جماعة من العلماء ، سواء كان الأجل حالا أو لم يكن ، وهو قول ابن عباس وابن مسعود . وحجة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال « كنت أبيع الإبل بالبيع ، أبيع بالدنانير وأخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير ، فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا بأس بذلك إذا كان ببيع يومه » خرجه أبو داود . وحجة من لم يجزه ما جاء في حديث أبي سعيد وغيره « ولا تبيعوا منها غائبا بناجز » .

(المسئلة السابعة) اختلف في البيع والصرف في مذهب مالك فقال : لا يجوز إلا أن يكون أحدهما الأكثر والآخر تبع لصاحبه ، وسواء كان الصرف في دينار واحد أو في دنانير ؛ وقيل إن كان الصرف في دينار واحد جاز كيفما وقع ، وإن كان في أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا للآخر في الجواز ، فإن كانا معا مقصودين لم يحز ، وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجود ، لأنه ليس في ذلك ما يؤدي إلى ربا ولا إلى غرر .

كتاب السلم

وفي هذا الكتاب ثلاثة أبواب : الباب الأول : في محله وشروطه . الباب الثاني فيما يجوز أن يقتضى من المسلم إليه بدل ما انعقد عليه السلم ، وما يعرض في ذلك من الإقالة والتعجيل والتأخير . الباب الثالث : في اختلافهم في السلم .

الباب الأول في محله وشروطه

أما محله ، فإنهم أجمعوا على جوازه في كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور قال « قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يُسَلِّمون في التمر السنيتين والثلاث ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مَنْ أَسْلَفَ فَكَيْسُفٌ فِي ثَمَنِ مَعْلُومٍ وَوَزَنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الدمة ، وهى الدور والعقار . وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها ، فنع ذلك داود وطائفة من أهل الظاهر مصيرا إلى ظاهر هذا الحديث . والجمهور على أنه جائز في العروض التي تنضبط بالصفة والعدد . واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة ، فمن ذلك الحيوان والرقيق ، فذهب مالك والشافعي والأوزاعي والليث إلى أن السلم فيهما جائز ، وهو قول ابن عمر من الصحابة . وقال أبو حنيفة والثوري وأهل العراق : لا يجوز السلم في الحيوان ، وهو قول ابن مسعود ، وعن عمر في ذلك قولان . وعمدة أهل العراق في ذلك ما روى عن ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان » وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الأول . وربما احتجوا أيضا بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان

تسئنة . وعمدة من أجاز السلم في الحيوان ما روى عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا ، فنفدت الإبل ، فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة ، فأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة » وحديث أبي رافع أيضا « أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا » قالوا : وهذا كله يدل على ثبوته في الذمة . فسبب اختلافهم شيان : أحدهما تعارض الآثار في هذا المعنى . والثاني تردد الحيوان بين أن يُضبط بالصفة أو لا يضبط ، فمن نظر إلى تباين الحيوان في الخلق والصفات وبخاصة صفات النفس قال : لا تنضبط ؛ ومن نظر إلى تشابهها قال : تنضبط . ومنها اختلافهم في البیض والدرّ وغير ذلك ، فلم يجز أبو حنيفة السلم في البصر وأجازه مالك بالعدد ، وكذلك في اللحم أجازه مالك والشافعي ، ومنعه أبو حنيفة ؛ وكذلك السلم في الرءوس والأكارع ، أجازه مالك ، ومنعه أبو حنيفة . واختلف في ذلك قول أبي حنيفة والشافعي ؛ وكذلك السلم في الدرّ والقصوص ، أجازه مالك ، ومنعه الشافعي ، وقصدنا من هذه المسائل إنما هو الأصول الضابطة للشرعية لإحصاء الفروع ، لأن ذلك غير منحصر .

(وأما شروطه) فمنها مجمع عليها ومنها يختلف فيها ، فأما المجمع عليها فهي ستة : منها أن يكون الثمن والمثمنون مما يجوز فيه النساء ، وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء ، وذلك إما اتفاق المنافع على ما يراه مالك رحمه الله ، وإما اتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة ، وإما اعتبار الطعام مع الجنس على ما يراه الشافعي في علة النساء . ومنها أن يكون مقدرا إما بالكيل أو بالوزن أو بالعدد إن كان مما شأنه أن يلحقه التقدير ، أو منضبطا بالصفة إن كان مما المقصود منه الصفة . ومنها أن يكون موجودا عند حلول الأجل . ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيدا . لثلاث يكون من باب الكالئ بالكالئ ، هذا في الحملية . واشترطوا في اشتراط اليومين والثلاثة في تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أن لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقا ، فأجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة ، وأجاز تأخيره بلا شرط . وذهب أبو حنيفة إلى أن من شرطه التقابض في المجلس كالصرف ، فهذه ستة متفق عليها . واختلفوا في أربعة : أحدها الأجل ، هل هو شرط فيه أم لا ؟ . والثاني هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجودا

في حال عقد السلم أم لا ؟ . وثالث اشتراط مكان دفع المسلم فيه . والرابع أن يكون الثمن مقدرا إما مكيلا وإما موزونا وإما معدودا وأن لا يكون جزافا . فأما الأجل فإن أبا حنيفة هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه في ذلك ؛ وأما مالك فالظاهر من مذهبه ، والمشهور عنه أنه من شرط السلم ، وقد قيل إنه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال . وأما اللخمي فإنه فصل الأمر في ذلك فقال : إن السلم في المذهب يكون على ضربين : سلم حال ، وهو الذي يكون من شأنه بيع تلك السلعة . وعمدة من اشترط الأجل شيثان : ظاهر حديث ابن عباس ؛ والثاني أنه إذا لم يشترط فيه الأجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهى عنه . وعمدة الشافعي أنه إذا جاز مع الأجل فهو حالا أجوز لأنه أقل غررا ، وربما استدلت الشافعية بما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى جملا من أعرابي بوسق تمر ، فلما دخل البيت لم يجد التمر ، فاستقرض النبي صلى الله عليه وسلم تمرا وأعطاه إياه » قالوا : فهذا هو شراء حال بتمر في الذمة ، وللمالكية من طريق المعنى أن السلم إنما يجوز لموضع الارتفاق ، ولأن المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترخاء المسلم فيه ، والمسلم إليه يرغب فيه لموضع النسئنة ، وإذا لم يشترط الأجل زال هذا المعنى . واختافوا في الأجل في موضعين : أحدهما هل يقدر بغير الأيام والشهور مثل الجذاذ والقطاف والحصاد والموسم ؟ . والثاني في مقداره من الأيام . وتحصيل مذهب مالك في مقداره من الأيام أن المسلم فيه على ضربين : ضرب يقتضى بالبلد المسلم فيه ، وضرب يقتضى بغير البلد الذي وقع فيه السلم ؛ فإن اقتضاه في البلد المسلم فيه ، فقال ابن القاسم إن المعتبر في ذلك أجل تختلف فيه الأسواق ، وذلك خمسة عشر يوما أو نحوها . وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز اليومين والثلاثة ؛ وقال ابن عبد الحكم : لا بأس به إلى اليوم الواحد . وأما ما يقتضى ببلد آخر ، فإن الأجل عندهم فيه هو قطع المسافة التي بين البلدين قلت أو كثرت ، وقال أبو حنيفة : لا يكون أقل من ثلاثة أيام ؛ فمن جبل الأجل شرطا غير معلل اشترط منه أقل ما ينطلق عليه الاسم ؛ ومن جعله شرطا معللا باختلاف الأسواق اشترط من الأيام ما تختلف فيه الأسواق غالبا . وأما الأجل إلى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك

فأجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي ؛ فمن رأى أن الاختلاف الذى يكون فى أمثال هذه الأجل يسير أجاز ذلك ، إذ الغرر اليسير موقوف عنه فى الشرع ، وشبهه بالاختلاف الذى يكون فى الشهور من قبل الزيادة والنقصان ؛ ومن رأى أنه كثير ، وأنه أكثر من الاختلاف الذى يكون من قبل نقصان الشهور وكما لها لم يحزه . وأما اختلافهم فى هل من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا فى حين عقد السلم ، فإن مالكا والشافعي وأحمد وإسحاق وأبا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا : يجوز السلم فى غير وقت إبطائه . وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي : لا يجوز السلم إلا فى إبطان الشيء المسلم فيه . ونحوه من لم يشترط الإبطان ما ورد فى حديث ابن عباس أن الناس كانوا يسلدون فى التمر السنتين والثلاث فأقروا على ذلك ولم ينهوا عنه . وعمدة الحنفية ماروى من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تُسَلِّمُوا فى النَّخْلِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا » وكأنهم رأوا أن الغرر يكون فيه أكثر إذا لم يكن موجودا فى حال العقد ، وكأنه يشبه بيع ما لم يخلق أكثر ، وإن كان ذلك معينا وهذا فى الذمة . وبهذا فارق السلم بيع ما لم يخلق .

(وأما الشرط الثالث) وهو مكان القبض ، فإن أبا حنيفة اشترطه تشبيها بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الأكثر . وقال القاضي أبو محمد : الأفضل اشتراطه . وقال ابن المواز : ليس يحتاج إلى ذلك .

(وأما الشرط الرابع) وهو أن يكون الثمن مقدرا مكيلا أو موزونا أو معدودا . أو ملروعا لاجزا ، فاشتراط ذلك أبو حنيفة ، ولم يشترطه الشافعي ولا صاحبا أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد ، قالوا : وليس يحفظ عن مالك فى ذلك نص ، إلا أنه يجوز عنده بيع الجزاف ، إلا فيما يعظم الغرر فيه على ما تقدم من منعه . وينبغي أن تعلم أن التقدير فى السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن ، وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل ، وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع ، وبالعدد فيما يمكن فيه العدد . وإن لم يكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس إن كان أنواعا مختلفة ، أو مع تركه إن كان نوعا واحدا ، ولم يختلفوا أن السلم لا يكون إلا فى الذمة وأنه لا يكون فى معين ؛ وأجاز مالك السلم فى قرية معينة إذا كانت مأونة ، وكأنه رآها مثل الذمة .

الباب الثاني

فيما يجوز أن يقتضى من المسلم إليه بدل ما انعقد عليه السلم ،
وما يعرض في ذلك من الإقالة والتعجيل والتأخير

وفي هذا الباب فروع كثيرة ، لكن نذكر منها المشهور :

(مسألة) اختلف العلماء فيمن أسلم في شيء من الثمر ، فلما حل الأجل
تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه ، فقال الجمهور : إذا
وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصبر إلى العام القابل ، وبه
قال الشافعى وأبو حنيفة وابن القاسم ؛ وحجتهم أن العقد وقع على موصوف
في الذمة فهو باق على أصله ، وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه
السنة ، وإنما هو شيء شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار . وقال أشهب من أصحاب
مالك : يفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير ، وكأنه رآه من باب الكالى
بالكالى . وقال سمعون : ليس له أخذ الثمن ، وإنما له أن يصبر إلى القابل ،
واضطرب قول مالك في هذا والمعتمد عليه في هذه المسئلة ما رآه أبو حنيفة
والشافعى وابن القاسم ، وهو الذى اختاره أبو بكر الطرطوشى ، والكالى
بالكالى المنهى عنه إنما هو المقصود ، لا الذى يدخل اضطرارا .

(مسألة) اختلف العلماء في بيع المسلم فيه إذا حان الأجل من المسلم إليه
قبل قبضه ؛ فن العلماء من لم يجز ذلك أصلا ، وهم القائلون بأن كل شيء
لا يجوز بيعه قبل قبضه ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وإسحاق . وتمسك أحمد وإسحاق
في منع هذا بحديث عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى قال : قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفُهُ فِي غَيْرِهِ » .
وأما مالك فإنه منع شراء المسلم فيه قبل قبضة في موضعين : أحدهما إذا كان
المسلم فيه طعاما ، وذلك بناء على مذهبه في أن الذى يشترطه في بيعه القبض
هو الطعام على ما جاء عليه النص في الحديث . والثاني إذا لم يكن المسلم فيه
طعاما فأخذ عوضه المسلم مالا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله مثل أن يكون المسلم
فيه عرضا والثمن عرضا مخالفا له فيأخذ المسلم من المسلم إليه إذا حان الأجل
شبهتا من جنس ذلك العرض الذى هو الثمن ، وذلك أن هذا يدخله إما سلف

وزيادة إن كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم ، وإما ضمان وسلف إن كان مثله أو أقل . وكذلك إن كان رأس مال السلم طعاما لم يجوز أن يأخذ فيه طعاماً آخر أكثر ، لامن جنسه ولا من غير جنسه ، فإن كان مثل طعامه في الجنس والكيل والصفة فيها حكاها عبد الوهاب جاز ، لأنه يحمله على العروض ، وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاما من صفته وإن كان أقل جودة ، لأنه عنده من باب البدل في الدنانير . والإحسان مثل أن يكون له عليه قمح فيأخذ بمكيته شعيرا ، وهذا كله من شرطه عند مالك أن لا يتأخر القبض لأنه يدخله الدين بالدين . وإن كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز ما لم يكن أكثر منه ، ولم يتمه على بيع العين بالعين نسيئة إذا كان مثله أو أقل ، وإن أخذ دراهم في دنانير لم يتمه على الصرف المتأخر ، وكذلك إن أخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التي هي رأس مال السلم . وأما بيع السلم من غير المسلم إليه ، فيجوز بكل شيء يجوز انتبايع به ما لم يكن طعاما ، لأنه لا يدخله بيع الطعام قبل قبضه . وأما الإقالة فن شرطها عند مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان ، فإن دخلها زيادة أو نقصان كان بيعا من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع ، أعني أنها تفسد عنده بما يفسد بيوع الأجل مثل أن يتلوع إلى بيع وسلف ، أو إلى :ضع وتعجل ، أو إلى بيع السلم بما لا يجوز بيعه . مثال ذلك في دخول بيع وسلف به إذا حل الأجل ، فأقاله على أن أخذ البعض وأقال من البعض فإنه لا يجوز عنده فإنه يدخله التلوع إلى بيع وسلف ، وذلك جائز عند الشافعي وأبي حنيفة ، لأنهما لا يقولان بتحريم بيوع الذرائع .

(مسألة) اختلف العلماء في الشراء برأس مال السلم من المسلم إليه شيئا بعد الإقالة بما لا يجوز قبل الإقالة ؛ فن العلماء من لم يجزه أصلا ، ورأى أن الإقالة ذريعة إلى أن يجوز من ذلك ما لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه ، إلا أن عند أبي حنيفة لا يجوز على الإطلاق ، إذ كان لا يجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الإطلاق ، ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ؛ ومن العلماء من أجازها ، وبه قال الشافعي والثوري . وحجبتهم أن بالإقالة قد ملك رأس ماله ، فإذا ماكه جاز له أن يشتري به ما أحب ، والظن الرديء بالمسلمين غير جائز . قال : وأما حديث أبي سعيد فإنه إنما وقع الهوى فيه قبل الإقالة .

(مسئلة) اختلفوا إذا ندم المبتاع في السلم فقال للبائع : أقلنى وأنظر بك بالنمى الذى دفعت إليك ، فقال مالك وطائفة : ذلك لا يجوز ؛ وقال قوم يجوز ؛ واعتل مالك في ذلك مخافة أن يكون المشتري لما حل له الطعام على البائع أخره عنه على أن يقبله ، فكان ذلك من باب بيع الطعام إلى أجل قبل أن يستوفى ؛ وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين ؛ والذين رأوه جائزا رأوا أنه من باب المعروف والإحسان الذى أمر الله تعالى به . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا صَفَقَتَهُ أَقَالَ اللَّهُ عَسْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ، وَمَنْ أَنْظَرَ مُعْسِرًا أَظْلَلَهُ اللَّهُ فِي ظِلِّهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ » .

(مسئلة) أجمع العلماء على أنه إذا كان لرجل على رجل دراهم أو دنانير إلى أجل فدفعتها إليه عند محل الأجل وبعده أنه يلزمه أخذها . واختلفوا في العروض المؤجلة من السلم وغيره ، فقال مالك والجمهور : إن أتى بها قبل محل الأجل لم يلزم أخذها . وقال الشافعى : إن كان مما لا يتغير ولا يقصد به النظارة لزمه أخذها كالنحاس والحديد ، وإن كان مما يقصد به النظارة كالفواكه لم يلزمه . وأما إذا أتى به بعد محل الأجل فاختلف في ذلك أصحاب مالك فروى عنه أنه يلزمه قبضه مثل أن يسلم في قطائف الشتاء فيأتى بها في الصيف ، فقال ابن وهب وجماعة : لا يلزمه ذلك . وحجة الجمهور في أنه لا يلزمه قبض العروض قبل محل الأجل من قبيل أنه من ضمانه إلى الوقت المضروب الذى قصده ، ولما عليه من المؤنة في ذلك ، وليس كذلك الدنانير والدراهم ، إذ لا مؤنة فيها ، ومن لم يلزمه بعد الأجل فحجته أنه رأى أن المقصود من العروض إنما كان وقت الأجل لا غيره . وأمر من أجاز ذلك في الوجهين ، أعنى بعد الأجل أو قبله فشبّه بالدنانير والدراهم .

(مسئلة) اختلف العلماء فيمن أسلم إلى آخر أو باع منه طعاما على مكيلة مثلاً فأخبر البائع أو المسلم إليه المشتري بكيل الطعام ، هل للمشتري أن يقبضه منه دون أن يكيله وأن يعمل في ذلك على تصديقه ؟ فقال مالك : ذلك جائز في السلم وفي البيع بشرط النقد ، وإلا خيف أن يكون من باب الربا ، كأنه إنما صدقه في الكيل لمكان أنه أنظره بالثمن . وقال أبو حنيفة والشافعى والثورى

والأوزاعي والليث : لا يجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشتري مرة ثانية بعد ان كاله لنفسه بخضرة البائع . وحجتهم أنه لما كان ليس للمشتري أن يبيعه إلا بعد أن يكيله لم يكن له أن يقبضه إلا بعد أن يكيله البائع له ، لأنه لما كان من شرط البيع الكيل فكل ذلك القبض واحتجوا بما جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان : صاع البائع ، وصاع المشتري . واختلفوا إذا هلك الطعام في يد المشتري قبل الكيل ، فاختلغا في الكيل ، فقال الشافعي : القول قول المشتري ، وبه قال أبو ثور ؛ وقال مالك : القول قول البائع لأنه قد صدقه المشتري عند قبضه إياه ، وهذا مبني عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه .

الباب الثالث في اختلاف المتبايعين في السلم

والمتبايعان في السلم إما أن يختلفا في قدر الثمن أو الثمنون ، وإما في جنسهما ، وإما في الأجل ، وإما في مكان قبض السلم . فأما اختلافهم في قدر السلم فيه ، فالقول فيه قول المسلم إليه إن أتى بما يشبه ، وإلا فالقول أيضا قول المسلم إن أتى أيضا بما يشبه ، فإن أتيا بما لا يشبه فالقياس أن يتحالفا ويتفاسخا . وأما اختلافهم في جنس السلم فيه ، فالحكم في ذلك التحالف والتفاسخ ، مثل أن يقول أحدهما : أسلمت في تمر ، ويقول الآخر : في قمح . وأما اختلافهم في الأجل فإن كان في حלוته فالقول قول المسلم إليه ، وإن كان في قدره فالقول أيضا قول المسلم إليه إلا أن يأتي بما لا يشبه ، مثل أن يدعى المسلم وقت إبان المسلم فيه ، ويدعى المسلم إليه غير ذلك الوقت ، فالقول قول المسلم . وأما اختلافهم في موضع القبض ، فالمشهور أن من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله ، وإن لم يدعه واحد منهما فالقول قول المسلم إليه . وخالف سحنون في الوجه الأول فقال : القول قول المسلم إليه وإن ادعى القبض في موضع العقد وخالف أبو الفرج في الموضع الثاني فقال : إذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا . وأما اختلافهم في الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض ، وقد تقدم ذلك .

كتاب بيع الخيار

والنظر في أصول هذا الباب ، أما أولاً فهل يجوز أم لا ؟ وإن جاز ، فكم حدة الخيار ؟ وهل يشترط التقدية فيه أم لا ؟ ومن ضمان المبيع في مدة الخيار ؟ وهل يورث الخيار أم لا ؟ ومن يصح خياره ممن لا يصح ؟ وما يكون من الأفعال خياراً كالقول ؟ . أما جواز الخيار فعليه الجمهور ، إلا الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل الظاهر . وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ . وفيه « وَلَكَ الْخِيَارُ ثَلَاثًا » وما روى في حديث ابن عمر « الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَنْقَسِرَا إِلَّا بِبَيْعِ الْخِيَارِ » . وعمدة من منعه أنه غرر وأن الأصل هو اللزوم في البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو إجماع . قالوا : وحديث حبان إما أنه ليس بصحيح : وإما أنه خاص لما شكى إليه صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع . قالوا : وأما حديث ابن عمر وقوله فيه « إِلَّا بِبَيْعِ الْخِيَارِ » فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ ، وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو « أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ » . وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك أن ذلك ليس له قدر محدود في نفسه وأنه إنما يتقدر بتقدير الحاجة إلى اختلاف المبيعات ، وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال : مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب ، والجمعة والخمسة الأيام في اختيار الجارية ، والشهر ونحوه في اختيار الدار . وبالحملة فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع . وقال الشافعي وأبو حنيفة : أجل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك . وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لأي مدة اشترطت ، وبه قال داود . واختلفوا في الخيار المطلق دون المقيّد بمدة معلومة ؛ فقال الثوري والحسن ابن جني وجماعة يجوز اشتراط الخيار مطلقاً ويكون له الخيار أبداً . وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله . وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع . واختلف أبو حنيفة والشافعي إن وقع الخيار في الثلاثة الأيام زمن الخيار المطلق ، فقال أبو حنيفة : إن وقع في الثلاثة الأيام جاز ، وإن مضت الثلاثة فسد البيع ؛ وقال الشافعي : بل هو

فاسد على كل حال ، فهذه هي أقاويل فقهاء الأمصار في مدة الخيار ، وهي هل يجوز مطلقا أو مقيدا ؟ وإن جاز مقيدا فكم مقداره ؟ وإن لم يجوز مطلقا فهل من شرط ذلك أن لا يقع الخيار في الثلاث أم لا يجوز بحال ؟ وإن وقع في الثلاث . فأما أدلتهم فإن عمدة من لم يجوز الخيار هو ما قلناه . وأما عمدة من لم يجوز الخيار إلا ثلاثا فهو أن الأصل هو أن لا يجوز الخيار فلا يجوز منه إلا ما ورد فيه النص في حديث منقذ بن حبان أو حبان بن منقذ ، وذلك كسائر الرخص المستثناة من الأصول مثل استثناء العرايا من الزاينة وغير ذلك . قالوا : وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصرة وهو قوله « مَنِ اشْتَرَى مُصْرَةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ » وأما حديث منقذ ، فأشبه طريقه المتصلة ما رواه محمد ابن إسماعيل عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ وكان يخذع في البيع « إِذَا بَعِثَ فَقُلْ لَا خِيَالَابَةَ وَأَنْتَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثًا » . وأما عمدة أصحاب مالك ، فهو أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع ، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودا بزمان إمكان اختيار المبيع ، وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع ، فكان النص إنما ورد عندهم تنبيها على هذا المعنى ، وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام ، وعند الطائفة الأولى من باب الخاص أريد به الخاص . وأما اشتراط النقذ فإنه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع ، وفيه ضعف . وأما من ضمان المبيع في مدة الخيار فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك وأصحابه والليث والأوزاعي : مصيبته من البائع والمشتري أمين ، وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ؛ وقد قبل في المذهب إنه إن كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه إياه ، وإن كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية . إن كان مما يغاب عليه فضمانه منه ، وإن كان مما لا يغاب عليه فضمانه من البائع . وقال أبو حنيفة : إن كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه ، وأما إن كان شرطه المشتري وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري ، وبقي معلقا حتى ينتقضي الخيار ، وقد قيل عنه إن على المشتري الثمن ، وهذا يدل على أنه قد دخل عنده في ملك المشتري . وللشافعي قولان : أشهرهما أن الضمان من المشتري لأيهما كان الخيار . فعمدة من رأى

أن الضمان من البائع على كل حال أنه عقد غير لازم ، فلم ينتقل الملك عن البائع كما لو قال بعثك ولم يقل المشتري قبلت . وعمدة من رأى أنه من المشتري تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق . وأما من جعل الضمان لمشتري الخيار إذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثاني فلأنه إن كان البائع هو المشتري فالخيار له بإبقاء للمبيع على ملكه ، وإن كان المشتري هو المشتري له فقط فقد صرفه البائع من ملكه وأبانه فوجب أن يدخل في ملك المشتري إذا كان المشتري هو الذي شرطه فقط قال : قد خرج عن ملك البائع لأنه لم يشترط خيارا ولم يلزم أن يدخل في ملك المشتري لأنه شرط الخيار في رد الآخر له ، ولكن هذا القول يمانع الحكم ، فإنه لا بد أن تكون مصيبته من أحدهما ، والخلاف آيل إلى هل الخيار مشروط لإيقاع الفسخ في البيع أو لتتيمم البيع ، فإذا قلنا لفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع ، وإن قلنا لتتيممه فهو في ضمانه .

(وأما المسئلة الخامسة) وهي هل يورث خيار المبيع أم لا ؟ فإن مالكا والشافعي وأصحابهما قالوا : يورث ، وإنه إذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع ، وهكذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الإقالة . وسلم لهم أبو حنيفة خيار الرد بالعيب : أعنى أنه قال يورث ، وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الرهن . وسلم لهم مالك خيار رد الأب ما وهبه لابنه ، أعنى أنه لم ير لورثة الميت من الخيار في رد ما وهبه لابنه ما جعل له الشرع من ذلك : أعنى للأب ، وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان . ومعنى خيار الطلاق أن يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتى متى شئت ، فيموت الرجل المجعول له الخيار ، فإن ورثته لا يتنزلون منزلته عند مالك . وسلم الشافعي ما سلمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات ، وسلم زائدا خيار الإقالة والقبول فقال : لا يورثان . وعمدة المالكية والشافعية أن الأصل هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال . وعمدة الحنفية أن الأصل هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال ، فوضع

الخلاف هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا ؟ وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا ما لم يسلمه له خصمه منها بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه ؛ فالمالكية والشافعية تحتج على أبي حنيفة بتسليمه وراثته خيار الرد بالعيب ، ويشبه سائر الخيارات التي يورثها به ؛ والحنفية تحتج أيضا على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك ، وكل واحد منهم يروم أن يعطى فارقا فيما يختلف فيه قوله ومشابها فيما يتفق فيه قوله ، ويروم في قوله خصمه بالضد ، أعنى أن يعطى فارقا فيما يضعه الخصم متفقا ، ويعطى اتفاقا فيما يضعه الخصم متباينا ، مثل ما تقول المالكية : إنما قلنا إن خيار الأب في رد هبته لا يورث ، لأن ذلك خيار راجع إلى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة ، فوجب أن لا تورث لا إلى صفة في العقد . وهذا هو سبب اختلافهم في خيار ، أعنى أنه من انقذ له في شيء منها أنه صفة للعقد ورثه ، ومن انقذ له أنه صفة خاصة بلئى الخيار لم يورثه .

(وأما المسئلة السادسة) وهى من يصح خياره فإنهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين ، واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي ، فقال مالك : يجوز ذلك والبيع صحيح ؛ وقال الشافعى في أحد قوليهِ : لا يجوز إلا أن يوكله الذى جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد ، وهو قول أحمد ؛ وللشافعى قول آخر مثل قول مالك ، ويقول مالك قال أبو حنيفة ؛ واتفق المذهب على أن الخيار للأجنبي إذا جعله له المتبايعان ، وأن قوله لهما . واختلف المذهب إذا جعله أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أو المشتري ومن جعل له المشتري الخيار ، فقبل القول في الإمضاء ، والرد قول الأجنبي سواء اشترط خياره البائع أو المشتري ، وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة ، وقيل بالفرق بين البائع والمشتري : أى أن القول في الإمضاء والرد قول البائع دون الأجنبي ، وقول الأجنبي دون المشتري إن كان المشتري هو المشتري الخيار ؛ وقيل القول قول من أراد منهما الإمضاء ، وإن أراد البائع الإمضاء ، وأراد الأجنبي الذى اشترط خياره الرد ووافق المشتري ، فالقول قول البائع في الإمضاء ، وإن أراد البائع الرد وأراد الأجنبي الإمضاء ووافق

المشتري فالقول قول المشتري ؛ وكذلك إن اشترط الخيار للأجنبي المشتري ، فالقول فيهما قول من أراد الإمضاء ، وكذلك الحال في المشتري ؛ وقيل بالفرق في هذا بين البائع والمشتري : أى إن اشترطه البائع فالقول قول من أراد الإمضاء منهما ، وإن اشترطه المشتري فالقول قول الأجنبي ، وهو ظاهر ما في المدونة ، وهذا كله ضعيف . واختلفوا فيمن اشترط من الخيار ما لا يجوز ، مثل أن يشترط أجلا مجهولا وخيارا فوق الثلاث عند من لا يجوز الخيار فوق الثلاث ، أو خيار رجل بعيد الموضع بعينه : أعنى أجيبا ، فقال مالك والشافعي : لا يصح البيع وإن أسقط الشرط الفاسد ؛ وقال أبو حنيفة : يصح البيع مع إسقاط الشرط الفاسد ، فأصل الخلاف هل الفساد الواقع في البيع من قبل الشرط يتعدى إلى العقد أم لا يتعدى ، وإنما هو في الشرط فقط ؟ فن قال يتعدى أبطل البيع وإن أسقطه ؛ ومن قال لا يتعدى قال : البيع يصح إذا أسقط الشرط الفاسد لأنه يبقى العقد صحيحا .

كتاب بيع المراجعة

أجمع جمهور العلماء على أن البيع صنفان : مساومة ومراجعة ؛ وأن المراجعة هي أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحا مآ للدينار أو الدرهم . واختلفوا من ذلك بالحملة في موضعين : أحدهما فيما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة مما أنفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له أن يعده من رأس المال . والموضع الثاني إذا كذب البائع للمشتري فأخبره أنه اشتراه بأكثر مما اشترى السلعة به ، أو وهم فأخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له أنه اشتراها بأكثر ، ففي هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الأمصار بابان : الباب الأول : فيما يعد من رأس المال مما لا يعد ، وفي صفة رأس المال الذي يجوز أن يبنى عليه الربح الثاني . : في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن .

الباب الاول

فما يعد من رأس المال مما لا يعد ، وفي صفة رأس المال
الذى يجوز أن يبنى عليه الربح

فأما ما يعد في الثمن مما لا يعد ، فإن تحصيل مذهب مالك في ذلك أن ما ينوب
البائع على السلعة زائدا على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام : قسم يعد في أصل الثمن
ويكون له حظ من الربح . وقسم لا يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من
الربح . وقسم لا يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح . فأما الذى
يحسبه في رأس المال ويجعل له حظا من الربح فهو ما كان مؤثرا في عين
السلعة مثل الخياطة والصبغ . وأما الذى يحسبه في رأس المال ولا يجعل له
حظا من الربح فما لا يؤثر في عين السلعة مما لا يمكن البائع أن يتولاه بنفسه
كحمل المتاع من بلد إلى بلد وكراء البيوت التى توضع فيها . وأما
ما لا يحتسب فيه الأمرين جميعا ، فما ليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن أن يتولاه
صاحب السلعة بنفسه كالسمسرة والطى والشد . وقال أبو حنيفة : بل يحمل
على ثمن السلعة كل ما نابه عليها . وقال أبو ثور : لا يجوز المراجعة إلا بالثمن الذى
اشترى به السلعة فقط إلا أن يفصل ويفسخ عنده إن وقع قال لأنه كذب ،
لأنه يقول له : ثمن سلعتى كذا وكذا وليس الأمر كذلك ، وهو عنده من باب
الغش . وأما صفة رأس الثمن الذى يجوز أن يخبر به فإن مالكا والليث قالا
فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشترأها صرف معلوم ثم باعها بدراهم
والصرف قد تغير إلى زيادة أنه ليس له أن يعلم يوم باعها بالدنانير التى اشترأها
لأنه من باب الكذب والخيانة ، وكذلك إن اشترأها بدراهم ثم باعها بدنانير
وقد تغير الصرف . واختلف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة
بعروض هل يجوز له أن يبيعها مراجعة أم لا يجوز ؟ فإذا قلنا بالجواز فهل يجوز
بقيمة العرض أو بالعرض نفسه ؟ فقال ابن القاسم : يجوز له بيعها على
ما اشترأه به من العروض ولا يجوز على القيمة . وقال أشهب : لا يجوز لمن
اشترى سلعة بشيء من العروض أن يبيعها مراجعة لأنه يطالبه بعروض على

صفة عرضه ، وفي الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ما ليس عنده ،
وختلف مالك وأبو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فأخذ في الدنانير عروضاً
أو دراهم هل يجوز له بيعها مراوحة دون أن يعلم بما نقد أم لا يجوز ؟ فقال مالك
لا يجوز إلا أن يعلم ما نقد ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز أن يبيعها منه مراوحة على
الدنانير التي ابتاع بها السلعة دون العروض التي أعطى فيها أو الدراهم ؛ قال
مالك أيضاً فيمن اشترى سلعة بأجل فباعها مراوحة أنه لا يجوز حتى يعلم بالأجل .
وقال الشافعي إن وقع كان للمشتري مثل أجله ؛ وقال أبو ثور : هو كالعيب
وله الرد به ، وفي هذا الباب في المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه .

الباب الثاني

في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن

واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مراوحة على ثمن ذكره ، ثم ظهر بعد ذلك إما
بإقراره وإما بيئته أن الثمن كان أقل والسلعة قائمة ؛ فقال مالك وجماعة :
المشتري بالخيار ، إما أن يأخذ بالثمن الذي صح أو يترك إذا لم يلزمه البائع
أخذها بالثمن الذي صح وإن ألزمه لزمه ؛ وقال أبو حنيفة وزفر : بل المشتري
بالخيار على الإطلاق ، ولا يلزمه الأخذ بالثمن الذي إن ألزمه البائع لزمه ؛
وقال الثوري وابن أبي ليلى وأحمد وجماعة : بل يبقى البيع لازماً لهما بعد حط
الزيادة ؛ وعن الشافعي القولان : القول بالخيار مطلقاً ، والقول باللزوم بعد
الحط . فحجة من أوجب البيع بعد الحط أن المشتري إنما أربحه على ما ابتاع
به السلعة لا غير ذلك ، فلما ظهر خلاف ما قال وجب أن يرجع إلى الذي
ظهر ، كما لو أخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل أنه يلزمه توفية ذلك
الكيل ، وحجة من رأى أن الخيار مطلقاً تشبيه الكذب في هذه المسئلة بالعيب ،
أنه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب . وأما إذا فاتت السلعة
فقال الشافعي : يحط مقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من الربح ؛ وقال
مالك : إن كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه في ذلك مثل
ما وزن المتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشتري بشيء ، وإن كانت القيمة أقل
خير البائع بين رده للمشتري القيمة أو رده الثمن أو إمضائه السلعة بالثمن الذي

صحح . وأما إذا باع الرجل سلعته مرابحة ثم أقام البينة أن ثمنها أكثر مما ذكره وأنه وهم في ذلك وهي قائمة ، فقال الشافعي : لا يسمع من تلك البينة لأنه كذبها به وقال مالك : يسمع منها ويجبر المبتاع على ذلك الثمن ، وهذا بعيد لأنه يبيع آخر . وقال مالك في هذه المسئلة : إذا فانت السلعة أن المبتاع مخير بين أن يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو أن يأخذها بالثمن الذي صحح ، فهذه هي مشهورات مسائلهم في هذا الباب : ومعرفة أحكام هذا البيع تنبئ في مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاثة مسائل وما تركب منها ، حكم مسئلة الكذب ، وحكم مسئلة الغش ، وحكم مسئلة وجود العيب . فأما حكم الكذب فقد تقدم . وأما حكم الرد بالعيب فهو حكمه في البيع المطلق . وأما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقا ، وليس للبائع أن يلزمه البيع وإن حط عنه مقدار الغش كما له ذلك في مسئلة الكذب ، هذا عند ابن القاسم . وأما عند أشهب ، فإن الغش عنده ينقسم قسمين : قسم مؤثر في الثمن ، وقسم غير مؤثر . فأما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه . وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب . وأما التي تركب فهي أربع مسائل : كذب وغش ، وكذب وتدليس ، وغش وتدليس بعيب ، وكذب وغش وتدليس بعيب ؛ وأصل مذهب ابن القاسم فيها أنه يأخذ بالذي بقي حكمه إن كان فات بحكم أحدهما أو بالذي هو أرجح له . إن لم يفت حكم أحدهما ، إما على التخيير حيث يمكن التخيير ، أو الجمع حيث يمكن الجمع ، وتفصيل هذا لائق بكتب الفروع ، أعني مذهب ابن القاسم وغيره .

كتاب بيع العرية

اختلف الفقهاء في معنى العرية والرخصة التي أتت فيها في السنة . ، فحكى القاضى أبو محمد عبد الوهاب المالكي أن العرية في مذهب مالك هي أن يهب الرجل ثمرة نخلة أو نخلات من حافظه لرجل بعينه ، فيجوز للمعري شراؤها من المعري له بفرضها تمرا على شروط أربعة : أحدها : أن ترهى . والثاني : أن تكون خمسة أوسق فما دون ، فإن زادت فلا يجوز . والثالث : أن يعطيه التمر الذي يشتريها به عند الحذاذ ، فإن أعطاه نقدا لم يجوز . والرابع : أن يكون التمر

من صنف تمر العرية ونوعها ، فعلى مذهب مالك الرخصة في العرية وإنما هي في حق المعري فقط ، والرخصة فيها إنما هي استثنائها من المزابنة ، وهي بيع الرطب بالتمر بخلاف الذي ورد النهي عنه ، ومن صنف الربا أيضا : أعني التفاضل والنساء ، وذلك أن بيع تمر معلوم الكيل بشمر معلوم بالتخمين وهو الخرص ، فيخلطه بيع الجنس الواحد متفاضلا ، وهو أيضا ثم بشمر إلى أجل ، فهذا هو مذهب مالك فيما هي العرية ، وما هي الرخصة فيها ، ولما الرخصة فيها ؟ . وأما الشافعي فعني الرخصة الواردة عنده فيها ليست للمعري خاصة ، وإنما هي لكل أحد من الناس أراد أن يشتري هذا القدر من التمر : أعني الخمسة أوسق أو ما دون ذلك بتمر مثلها ؛ وروى أن الرخصة فيها إنما هي معلقة بهذا القدر من التمر لضرورة الناس أن يأكلوا رطبا وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمرا يشتري به الرطب . والشافعي يشترط في إعطاء التمر الذي تبيع به العرية أن يكون نقدا ، ويقول : إن تفردا قبل القبض فسد البيع . والعرية جائزة عند مالك في كل ما يبيس ويدخر ، وهي عند الشافعي في التمر والعنب فقط ولا خلاف في جوازها فيما دون الخمسة الأوسق عند مالك والشافعي ، وعنها الخلاف إذا كانت خمسة أوسق ، فروى الجواز عنهما والمنع ، والأشهر عند مالك الجواز . فالشافعي يخالف مالكا في العرية في أربعة مواضع : أحدها في سبب الرخصة كما قلنا . والثاني أن العرية التي رخص فيها ليست هبة ، وإنما سميت هبة على التجوز . والثالث في اشتراط النقد عند البيع . والرابع في محلها . فهي عنده كما قلنا في التمر والعنب فقط ، وعند مالك في كل ما يدخر ويبس . وأما أحمد بن حنبل فيوافق مالكا في أن العرية عنده هي الهبة ، ويخالفه في أن الرخصة إنما هي عنده فيها للموهوب له . أعني المعري له لا المعري ، وذلك أنه يرى أن له أن يبيعها ممن شاء بهذه الصفة . لا من المعري خاصة كما ذهب إليه مالك . وأما أبو حنيفة فيوافق مالكا في أن العرية هي الهبة ، ويخالفه في صفة الرخصة ، وذلك أن الرخصة عنده فيها ليست هي من باب استثنائها من المزابنة ولا هي في الجملة في البيع ، وإنما

(١) هكذا بالنسخ ، ولعله : وعنده تمر يشتري ، إذ هي فسحة لمن عنده وليس عنده رطب أن يشتري الرطب بالتمر ، ولذلك اشترط الشافعي دفع التمر نقدا ، فتأمل ، مصححه .

الرخصة فيها عنده من باب رجوع الواهب في هبته إذ كان الموهوب له لم يقبضها
وليس عنده بيع ، وإنما هي رجوع في الهبة على صفة مخصوصة ، وهو أن
يعطى بلها تمرا بخرصها . وعمدة مذهب مالك في العرية أنها بالصفة التي ذكر
سنتها المشهورة عندهم بالمدينة ، قالوا : وأصل هذا أن الرجل كان يهب
التخلات من حائطه فيشق عليه دخول الموهوب له عليه ، فأبيع له أن يشتريها
بخرصها تمرا عند الجذاذ . ومن الحججة له في أن الرخصة إنما هي للمعري حديث
سهل بن أبي حشمة : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر
بالرطب إلا أنه رخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً » قالوا :
فقوله يأكلها رطباً دليل على أن ذلك خاص بمعريها ، لأنهم في ظاهر هذا القول
أهلها . ويمكن أن يقال إن أهلها هم الذين اشتروها كائناً من كان ، لكن
قوله رطباً هو تعليل لا يتناسب المعري ، وعلى مذهب الشافعي هو مناسب ،
وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشترونها به ، ولذلك كانت الحججة
للشافعي . وأما أن العرية عنده هي الهبة فالدليل على ذلك من اللغة ، فإن أهل
اللغة قالوا : العرية هي الهبة ، واختلف في تسميتها بذلك ، فقيل لأنها عريت من
التمر ، وقيل لأنها مأخوذة من عروت الرجل أعروه إذا سأله ، ومنه قوله
تعالى - وأطعموا القانيع والمعتتر - وإنما اشترط مالك نقد التمر عند الجذاذ
أعنى تأخيرها إلى ذلك الوقت ، لأنه تمر ورد الشرع بخرصه ، فكان من سنته
أن يتأجل إلى الجذاذ أصله الزكاة ، وفيه ضعف ، لأنه مصاحمة بالقياس
لأصل السنة . وعنده أنه إذا تطوع بعد تمام العقد بتعجيل التمر جاز ، وأما
اشتراطه جوازها في الخمسة الأوسق أو فيما دونها ، فلما رواه عن أبي هريرة
« أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون
خمس أوسق ، أو في خمسة أوسق » وإنما كان عن مالك في الخمسة الأوسق
روايتان الشك الواقع في هذا الحديث من الراوي . وأما اشتراطه أن يكون من
ذلك الصنف بعينه إذا بيع ، فلما روى عن زيد بن ثابت : « أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم » رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها تمراً » أخرجه
مسلم . وأما الشافعي فعلمته حديث رافع بن خديج وسهل بن أبي حشمة عن
النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن المزينة التمر بالقر إلا أصحاب العرايا ، فإنه

ذَنُّ الِهم فيه وقوله « فيها يأكلها أهلها رطباً » . والعريّة عندهم هي اسم لما دون الخمسة الأوسق من التمر ، وذلك أنه لما كان العرف عندهم أن يهب الرجل في الغالب من نخلاته هذا القدر فما دونه ، خص هذا القدر الذي جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقتها في القدر للهبة ، وقد احتج لمذهبه بما رواه يونس بن حنقط عن محمود بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إما زيد بن ثابت وإما غيره : ما عراياكم هذه ؟ قال : فسمي رجلاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب أقي وليس بأيديهم فقد يبتاعون به الرطب فيأكلونه مع الناس ، وعندهم فضل من قوتهم من التمر ، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي بأيديهم يأكلونها رطباً ، وإنما لم يجز تأخير نقد التمر لأنه بيع الطعام بالطعام نسيئة . وأما أحمد فحجته ظاهر الأحاديث المتقدمة أنه رخص في العرايا ولم يخص المعري من غيره . وأما أبو حنيفة فلما لم تجر عنده المزابنة وكانت إن جعلت بيعاً نوعاً من المزابنة رأى أن انصرافها إلى المعري ليس هو من باب البيع وإنما هو من باب رجوع الواهب فيها وهب باعطاء خرصها تمراً ، أو تسميته إياها بيعاً عنده مجاز ، وقد التفت إلى هذا المعنى مالك في بعض الروايات عنه ، فلم يجز بيعها بالدرهم ولا بشيء من الأشياء سوى الخرص ، وإن كان المشهور عنه جواز ذلك . وقد قيل إن قول أبي حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث ، وذلك أنه خالف الأحاديث في مواضع منها أنه لم يسمها بيعاً ، وقد نص الشارع على تسميتها بيعاً . ومنها أنه جاء في الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص في العرايا ، وعلى مذهبه لا تكون العريّة استثناء من المزابنة ، لأن المزابنة هي في البيع . والعجب منه أنه سهل عليه أن يستثنيها من النهي عن الرجوع في الهبة التي لم يقع فيها الاستثناء بنص الشرع ، وعسر عليه أن يستثنيها مما استثنى منه الشارع ، وهي المزابنة ، والله أعلم .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

كتاب الإجازات

والنظر في هذا الكتاب شبيه بالنظر في البيوع : أعني أن أصوله تنحصر بالنظر في أنواعها وفي شروط الصحة فيها والفساد وفي أحكامها ، وذلك في نوع

نوع منها ، أعنى فيما يخص نوعا نوعا منها ، وفيما يعم أكثر من واحد منها
فهذا الكتاب ينقسم أولا إلى قسمين : القسم الأول : فى أنواعها وشروط الصحة
والفساد . والثانى : فى معرفة أحكام الإجازات ، وهذا كله بعد قيام الدليل
على جوازها . فلنذكر أولا ما فى ذلك من الخلاف ثم نصير إلى ذكر ما فى ذنبك
القسمين من المسائل المشهورة ، إذ كان قصدنا إنما هو ذكر المسائل التى
تجرى من هذه الأشياء مجرى الأمهات ، وهى التى اشتهر فيها الخلاف بين
فقهائهم . فنقول : إن الإجازة جائزة عند بيع فقهاء الأمصار والصدر
الأول . وحكى عن الأصم وابن علية منعها . ودليل الجمهور قوله تعالى - « إِنِّي
أُرِيدُ أَنْ أُنَكِّحَكَ بِحَدِيثِ ابْنَتِي هَاتَيْنِ - الآية ، وقوله - « فَإِنْ
أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتَّوَهَّنْ أَوْجُورَهْنَّ » - . ومن السنة الثابتة ما أخرجه البخارى
عن عائشة قالت : « استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من
بنى الدئل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش ، فدفعنا إليه راحلتيهما
وواعداه غارثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما » وحديث جابر « أنه باع من
النبي صلى الله عليه وسلم بعيرا وشرط ظهره إلى المدينة » وما جاز استيفاءه
بالشرط جاز استيفاءه بالأجر ، وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات إنما يستحق
فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال فى الأعيان المحسوسة والمنافع فى الإجازات
فى وقت العقد معدومة ، فكان ذلك غررا ومن بيع ما لم يخلق ، ونحن نقول :
إنها وإن كانت معدومة فى حال العقد فهى مستوفاة فى الغالب ، والشرع إنما
لحظ من هذه المنافع ما يستوفى فى الغالب ، أو يكون استيفاءه وعدم استيفائه
على السواء .

(القسم الأول) وهذا القسم النظر فيه فى جنس الثمن وجنس المنفعة التى
يكون الثمن مقابلا له وصفها . فأما الثمن فينبغى أن يكون مما يجوز بيعه ، وقد
تقدم ذلك فى باب البيوع . وأما المنفعة فينبغى أن تكون من جنس ما لم ينه
الشرع عنه ، وفى كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها ؛ فما اجتمعوا على
إبطال إجازته كل منفعة كانت لشيء محرم العين ، كذلك كل منفعة كانت
محرم بالشرع ، مثل أجر النوائح وأجر المغنيات ، وكذلك كل منفعة كانت
فرض عين على الإنسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها ، واتفقوا على إجازة الدور

والدواب والناس على الأفعال المباحة ، وكذلك الثياب والبسط . واختلفوا في إجارة الأرضين وفي إجارة المياه وفي إحارة المؤذن ، وفي الإجارة على تعليم القرآن ، وفي إجارة نزو القمحول . فأما كراء الأرضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيرا ؛ فقوم لم يميزوا ذلك بنة وهم الأقل ، وبه قال طاوس وأبو بكر ابن عبد الرحمن ؛ وقال الجهمودي يجوز ذلك . واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها ؛ فقال قوم : لا يجوز كراؤها إلا بالدرهم والدنانير فقط ، وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب ؛ وقال قوم : يجوز كراء الأرض بكل شيء ما عدا الطعام ، وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن ، وما عدا ما بنيت فيها كان طعاما أو غيره ، وإلى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه . وقال آخرون : يجوز كراء الأرض بما عدا الطعام فقط ؛ وقال آخرون : يجوز كراء الأرض بكل العروض والطعام وغير ذلك ما لم يكن يجزء مما يخرج منها من الطعام ، ومن قال بهذا القول سالم بن عبد الله وغيره من المتقدمين ، وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك في الموطأ ؛ وقال قوم : يجوز كراؤها بكل شيء يجزء مما يخرج منها ، وبه قال أحمد والثوري والليث وأبو يوسف وعبد صاحب أبي حنيفة وابن أبي ليلى والأوزاعي وجماعة . وعمدة من لم يميز كراءها بحال ما رواه مالك بسنده عن رافع بن خديج « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع » قالوا : وهذا عام ، وهؤلاء لم يلتفتوا إلى ما روى مالك من تخصيص الراوى له حين روى عنه ، قال حنظلة : فسألت رافع بن خديج عن كراؤها بالذهب والورق فقال : لا بأس به . وروى هذا عن رافع ابن عمر وأخذ بعمومه ، وكان ابن عمر قبل يكرى أرضه فترك ذلك ، وهذا بناء على رأى من يرى أنه لا يخصص العموم بقول الراوى . وروى عن رافع ابن خديج عن أبيه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن إجارة الأرضين » قال أبو عمر بن عبد البر . واحتجوا أيضا بحديث ضمرة عن ابن شاذب عن مطرف عن عطية عن جابر قال : خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « من كانت له أرض فليزرعها أو ليؤجرها ولا يؤجرها » فهذه هي جملة الأحاديث التي تمسك بها من لم يميز كراء الأرض . وقالوا أيضا من جهة المعنى : إنه لم يميز كراؤها لما في ذلك من الضرر ، لأنه يمكن أن يصيب

الزروع جائحة من نار أو قحط أو غرق ، فيكون قد لزمه كراؤها من غير أنه ينفع من ذلك بشيء . قال القاضي : ويشبه أن يقال في هذا إن المعنى في ذلك قصد الفرق بالناس لكثرة وجود الأرض كما نهى عن بيع الماء ، ووجه التشبه بينهما أنهما أصلا الخلقة . وأما عمدة من لم يجوز كراءها إلا بالدراهم والدنانير . فحديث طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لِمَا يَزْرَعُ ثَلَاثَةٌ ، رَجُلٌ لَهُ أَرْضٌ فَيَزْرَعُهَا ، وَرَجُلٌ مُنِحَ أَرْضًا فَهُوَ يَزْرَعُ مَا مُنِحَ ، وَرَجُلٌ اكْتَرَى بَدَهَبٍ أَوْ فِضَّةً » قالوا : فلا يجوز أن يتعدى ما في هذا الحديث والأحاديث الأخر مطلقه وهذا مقيد ، ومن الواجب حمل المطلق على المقيد . وعمدة من أجاز كراءها بكل شيء ماعدا الطعام ، وسواء كان الطعام مدخرا أو لم يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيَزْرَعْهَا أَخَاهُ وَلَا يُكْرِهَا بِثُلْثٍ وَلَا رُبْعٍ وَلَا بِطَعَامٍ مُعَيَّنٍ » قالوا : وهذا هو معنى المحاقلة التي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها ، وذكرنا حديث سعيد بن المسيب مرفوعا ، وفيه : والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة . قالوا : وأيضا فإنه من باب بيع الطعام بالطعام نسيئة . وعمدة من لم يجوز كراءها بالطعام ولا بشيء مما يخرج منها ، أما بالطعام فحجته حجة من لم يجوز كراءها بالطعام . وأما حجته على منع كرائها مما تنبت فهو ما ورد من نهيه صلى الله عليه وسلم عن المخابرة ، قالوا : وهي كراء الأرض بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل أصحابه . وعمدة من أجاز كراءها بجميع العروض والطعام . وغير ذلك مما يخرج منها أنه كراء منفعة معلومة بشيء معلوم ، فجاز قياسا على إجارة سائر المنافع ، وكأن هؤلاء ضعفوا أحاديث رافع . روى عن سالم ابن عبد الله وغيره في حديث رافع أنهم قالوا : اكترى رافع . قالوا : وقد جاء في بعض الروايات عنه ما يجب أن يحمل عليها سائرها قال « كما أكثر أهل المدينة حَقْلًا ، قال : وكان أحدنا يكرى أرضه ويقول : هذه القطعة لي . وهذه لك ، وربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه ، فهاهم النبي صلى الله عليه وسلم » خرجه البخاري . وأما من لم يجوز كراءها بما يخرج منها ، فعمدته النظر

والأثر. أما الأثر فما ورد من النهي عن المخابرة ، وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن رافع قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان رفقا بنا ، فقلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال : « دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ما تصنعون ؟ بمحاذلة كلكم ؟ » قلنا : نؤاجرها على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تفعلوا ، أزرعوها أو زارعوها أو أمسكوها » وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الإمامان البخاري ومسلم .. وأما من أجاز كراءها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمره » قالوا : وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع لأنها مضطربة المتون ، وإن صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لأعلى الحظر ، بدليل ما خرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس أنه قال « إن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال : إن يمتنع أحدكم أخاه يكن خسيراً له من أن يأخذ منه شيئاً » قالوا : وقد قدم معاذ بن جبل اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يخابرون فأقبرهم . (وأما لإجارة المؤذن) فإن قوما لم يروا في ذلك بأساً ، وقوما كرهوا ذلك . والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روى عن عثمان بن أبي العاص قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذنيه أجراً » والذين أباحوه قاسوه على الأفعال خير الواجبة ، وهذا هو سبب الاختلاف ، أعني هل هو واجب أم ليس بواجب ؟ .

وأما الاستئجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضاً ، وكرهه قوم ، وأجازه آخرون .. والذين أباحوه قاسوه على سائر الأفعال ، واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال : « أقبلنا من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأتينا على حي من أحياء العرب فقالوا : إنكم جئتم من عند هذا الرجل فهل عندكم دواء ورقية ، فإن عندنا معتموها في القيود ، فقلنا لهم نعم ، فجاءوا به ، فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع بربقي ثم أنفل عليه ، فكأنما أنشط من عقال ، فأعطوني جعلاً ، فقلت لا حتى أسأل

رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسأله فقال : كَلَّ فَلَعَمْرِي لَمْ
أَكَلْ بِرُقِيَّةٍ بَاطِلًا فَلَقَدْ أَكَلْتُ بِرُقِيَّةً حَقًّا » وبما روى عن
أبي سعيد الخدري « أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا في غزاة ،
فمروا بجي من أحياء العرب ، فقالوا : هل عندكم من راق ، فإن سيد الخنى
قد لدغ أو قد عرض له ، قال : فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرئ ، فأعطى
قطيعا من الغنم ، فأبى أن يقبلها ، فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال : بِمَ رُقِيَّتُهُ ؟ قال : بفاتحة الكتاب ، قال : وما يدريك أنها
رُقِيَّةٌ ؟ قال : ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خُذُوهَا وَاضْرِبُوهَا
لِىَ مَعَكُمْ فِيهَا بِسْمِ اللَّهِ . وأما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا :
هو من باب الجعل على تعليم الصلاة . قالوا : ولم يكن الجعل المذكور
في الإجارة على تعليم القرآن وإنما كان على الرقى ، وسواء كان الرقى بالقرآن
أو غيره الاستئجار عليه عندنا جائز كالعلاجات . قالوا : وليس واجبا على
الناس ، وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس .

وأما إجارة الفحول من الإبل والبقر والدواب ، فأجاز مالك أن يكرى
الرجل فحله على أن ينزو أكواما معلومة ، ولم يميز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعي .
وحجة من لم يميز ذلك ما جاء من النهى عن عسيب الفحل ، ومن أجازها
شبهه بسائر المنافع ، وهذا ضعيف لأنه تغليب القياس على السماع . واستئجار
الكلب أيضا هو من هذا الباب ، وهو لا يجوز عند الشافعي ولا عند مالك .
والشافعي يشترط في جواز استئجار المنفعة أن تكون متقومة على أفرادها ،
فلا يجوز استئجار تفاحة للشم ، ولا طعام لثزين الخانوت ، إذ هذه المنافع
ليس لها قيم على أفرادها ، فهو لا يجوز عند مالك ولا عند الشافعي . ومن هذا
الباب اختلاف المذهب في إجارة الدراهم والدنانير ، وبالحملة كل ما لا يعرف
يعينه ، فقال ابن القاسم : لا يصح إجارة هذا الجنس وهو قرض ، وكان
أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه ، وإنما منع
من منع إيجارها ، لأنه لم يتصور فيها منفعة إلا بإتلاف عينها ، ومن أجاز
إيجارها تصور فيها منفعة ، مثل أن يتحمل بها أو يتكرر أو غير ذلك مما يمكن
أن يتصور في هذا الباب ، فهذه هي مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس

المنفعة : وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهي مسائل الخلاف المتعلقة
بما يجوز أن يكون ثمننا في المبيعات وما لا يجوز . وما ورد النهي فيه من هذا
الباب ما روى « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن عسيب ، الفحل وعن كسب
الحجام وعن قفيز الطحان » قال الطحاوي : وبمعنى نهى النبي صلى الله عليه
وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع القمح إلى
الطحان يجزء من الدقيق الذي يطحنه ، قالوا : وهذا لا يجوز عندنا ، وهو
استئجار من المستأجر بعين ليس عنده ، ولا هي من الأشياء التي تكون ديونا
على الذم ، وافقه الشافعي على هذا : وقال أصحابه : لو استأجر السلاخ
بالجلد والطحان بالنخالة أو بصاع من الدقيق فسد لثبه صلى الله عليه وسلم
عن قفيز الطحان ، وهذا على مذهب مالك جائز ، لأنه استأجره على جزء من
الطعام ؛ معلوم ، وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضا . وأما كسب
الحجام ؛ فذهب قوم إلى تحريمه ، وخالفهم في ذلك آخرون فقالوا : كسبه ردىء
يكره للرجل ؛ وقال آخرون : بل هو مباح . والسبب في اختلافهم تعارض
الآثار في هذا الباب ؛ فمن رأى أنه حرام احتج بما روى عن أبي هريرة قال :
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنِ السَّحْتُ كَسَبُ الْحَجَّامِ » ،
وبما روى عن أنس بن مالك قال « حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب
الحجام » . وروى عن عون بن أبي جحيفة قال : اشتري أبي حجاما فكسر
حماجه ، فقلت له يا أبت لم كسرتها ؟ فقال « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن ثمن الدم » . وأما من رأى إباحة ذلك . فاحتج بما روى عن ابن
عباس قال « احتجتم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجرو » .
قالوا : ولو كان حراما لم يعطه ، وحديث جابر « أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم دعا أبا طيبة فحجمه ، فسأله كم ضريبته ؟ فقال : ثلاثة أصبع ، فوضع
عنه صاعا » . وعنه أيضا « أنه أمر للحجام بصاع من طعام » . وأمر مواله أن
يخففوا عنه « وأما الذين قالوا بكراهيته فاحتجوا بما روى أن رفاعة بن رافع
أو رافع بن رفاعة جاء إلى مجلس الأنصار فقال « نهى رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن كسب الحجام وأمرنا أن نطعمه ناضجنا » . وبما روى « عن رجل
من بني حارثة كان له حجام ، وسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك

فناه ، ثم عاد فناه ، ثم عاد فناه ، فلم يزل يراجع حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : اعْلِفْ كَسْبَتَهُ نَاضِحَكَ وَأُطْعِمْنَهُ رَقِيْقَكَ . . ومن هذا الباب أيضا اختلا فهم في إجارة دار بسكنى دار أخرى ، فأجاز ذلك مالك ومنعه أبو حنيفة ، ولعله رآها من باب الدين بالدين ، وهذا ضعيف . فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بجنس الثمن و بجنس المنفعة . وأما ما يتعلق بأوصافها فنذكر أيضا المشهور منها ؛ فمن ذلك أن جمهور فقهاء الأمصار مالك وأبو حنيفة والشافعي اتفقوا بالحملة أن من شرط الإجارة أن يكون الثمن معلوما والمنفعة معاومة القدر ، وذلك إما بغايته مثل خياطة الثوب وعمل الباب ، وإما بضرب الأجل إذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الأجير ، وذلك إما بالزمان إن كان عملا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت ، وإما بالمكان إن كان مشيا مثل كراء الرواحل . وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف إلى جواز إجازات الجهولات مثل أن يعطى الرجل حمارة لمن يسقى عليه أو يحتطب عليه بنصف ما يعود عليه . وعمدة الجمهور أن الإجارة بيع فامتنع فيها من الجهل - لمكان الغبن - . ما امتنع في المبيعات . واحتج الفريق الثاني بقياس الإجارة على القراض والمساواة ؛ والجمهور على أن القراض والمساواة مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما لخروجهما عن الأصول ؛ واتفق مالك والشافعي على أنها إذا ضربا للمنفعة التي ليس لها غاية أمدا من الزمان محدودا ، وحددوا أيضا أول ذلك الأمد ، وكان أوله عقب العقد أن ذلك جائز . واختلفوا إذا لم يحددوا أول الزمان أو حدته . ولم يكن عقب العقد ، فقال مالك : يجوز إذا حدد الزمان ولم يحدد أوله ، مثل أن يقول له : استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا أو شهرا بكذا ، ولا يذكر أول ذلك الشهر ولا أول تلك السنة ؛ وقال الشافعي لا يجوز ، ويكون أول الوقت عند مالك وقت عقد الإجارة ، فمنعه الشافعي لأنه غرر ، وأجازه مالك لأنه معلوم بالعادة ، وكذلك لم يُجيز الشافعي إذا كان أول التمدد متراخيا عن العقد ، وأجازه مالك . واختلف قول أصحابه في استئجار الأجير شهر الأمانة ، والتغيير فيما بعد من الزمان ؛ وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذي تقدر به هذه المنافع ؛ فقال يجزى

ذلك السنين الكثيرة ، مثل أن يكرى الدار لعشرة أعوام أو أكثر ، مما لا يتغير الدار في مثله ؛ وقال الشافعي : لا يجوز ذلك لأكثر من عام واحد . واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون في أرض المطر وأرض السقي بالعيون وأرض السقي بالآبار والأنهار ؛ فأجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة ؛ وفصل ابن الماجشون فقال : لا يجوز الكراء في أرض المطر إلا لعام واحد ، وأما أرض السقي بالعيون فلا يجوز كراؤها إلا لثلاثة أعوام وأربعة ؛ وأما أرض الآبار والأنهار فلا يجوز إلا لعشرة أعوام فقط . فالاختلاف ههنا في ثلاثة مواضع : في تحديد أول المدة ، وفي طولها ، وفي بعدها من وقت العقد . وكذلك اختلف مالك والشافعي إذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذي يجب لأقل المدة مثل أن يقول : أكرى منك هذه الدار الشهر بكذا ، ولا يضر بان لذلك أمدا معلوما ، فقال الشافعي : لا يجوز ؛ وقال مالك وأصحابه : يجوز على قياس : أبيعك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم ، وهذا لا يجوز غيره . وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع في هذه الأشياء هل هو من الغرر المغفوة عنه أو المنهى عنه ؟ ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والإجارة ، أجازها مالك ، ومنعه الشافعي وأبو حنيفة ، ولم يجز مالك أن يقترن بالبيع إلا بالإجارة فقط . ومن هذا الباب اختلافهم في إجارة المشاع ؛ فقال مالك والشافعي : هي جائزة ؛ وقال أبو حنيفة : لا تجوز ، لأن عنده أن الانتفاع بها مع الإشاعة متعذر ؛ وعند مالك والشافعي أن الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المكرى بها مع شريكه : أعنى رب المال . ومن هذا الباب استئجار الأجير بطعامه وكسوته ، وكذلك الظئر ، فمنع الشافعي ذلك على الإطلاق ، وأجاز ذلك مالك على الإطلاق : أعنى في كل أجير ؛ وأجاز ذلك أبو حنيفة في الظئر فقط . وسبب الخلاف هل هي إجارة مجهولة ، أم ليست بمجهولة ؟ فهذه هي شرائط الإجارة الراجعة إلى الثمن والمثمن . وأما أنواع الإجارة فإن العلماء على أن الإجارة على ضربين : إجارة منافع أعيان محسوسة ، وإجارة منافع في اللمة قياسا على البيع . والذي في اللمة من شرطه الوصف . والذي في العين من شرطه الرؤية أو الصفة عنده كالحال في المبيعات ، ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع ، وذلك في الشيء الذي تستوفي منافعه ، وفي الشيء الذي تستوفي به

منافعه فلا بد من وصف المركوب مثلا ، والحمل الذى تستوفى به منفعة المركوب . وعند مالك أن الراكب لا يحتاج أن يوصف ، وعند الشافعى يحتاج إلى الوصف ، وعند ابن القاسم أنه إذا استأجر الراعى على غنم بأعيانها أن من شرط صحة العقد اشتراط الخلط ، وعند غيره تلزم الجملة بغير شرط . ومن شرط إجارة النمة أن يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين ، كما أن من شرط إجارة الأرض غير المأمونة السقى عنده أن لا يشترط فيها النقد إلا بعد الرى . واختلفوا فى الكراء هل يدخل فى أنواعه الخيارات أم لا ؟ فقال مالك : يجوز الخيار فى الصنفين من الكراء المضمون والمعين ؛ وقال الشافعى : لا يجوز ، فهذه هى المشهورات من المسائل الواقعة فى هذا القسم الأول من هذا الكتاب ، وهو الذى يشتمل على النظر فى محال هذا العقد وأوصافه وأنواعه ، وهى الأشياء التى تجرى من هذا العقد مجرى الأركان ، وبها يوصف العقد إذا كان على الشروط الشرعية بالصحة وبالفساد إذا لم يكن على ذلك ، وبقي النظر فى الجزء الثانى ، وهو أحكام هذا العقد .

الجزء الثانى من هذا الكتاب وهو النظر فى أحكام الإجازات

وأحكام الإجازات كثيرة ، ولكنها بالجملة تنحصر فى جملتين : الجملة الأولى فى موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ عليه . الجملة الثانية : فى أحكام الطوارئ . وهذه الجملة تنقسم فى الأشهر إلى معرفة موجبات الضمان وعلمه ، ومعرفة وجوب الفسخ وعلمه ، ومعرفة حكم الاختلاف . (الجملة الأولى) ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكبرى دفع الكراء إذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن ؟ فعند مالك وأبى حنيفة : أن الثمن إنما يلزم جزءا فجزءا بحسب ما يقبض من المنافع ، إلا أن يشترط ذلك أو يكون هنالك ما يوجب التقديم ، مثل أن يكون عوضا معيناً أو يكون كراء فى النمة . وقال الشافعى : يجب عليه الثمن بنفس العقد . فمالك رأى أن الثمن إنما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض ؛ والشافعى كأنه رأى أن تأخره من باب الدين بالدين . ومن ذلك اختلافهم فيما يكترى دابة أو دارا وما أشبه ذلك ، هل

له أن يكرى ذلك بأكثر مما اكتره ؟ فأجازه مالك والشافعي وجماعة قياسا على البيع ، ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه . وعلمتهم أنه من باب ربح مالم يضمن ، لأن ضمان الأصل هو من ربه : أصنى من المكري ، وأيضا فإنه من باب بيع مالم يقبض ، وأجاز ذلك بعض العلماء إذا أحدث فيها عملا : ومن لم يكره ذلك إذا وقع بهذه الصفة سفيان الثوري والجمهور ، رأوا أن الإجارة في هله شبيهة بالبيع ، ومنها أن يكرى الدار من الذي أكرأها منه ، فقال مالك : يجوز ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز ، وكأنه رأى أنه إذا كان التفاضل بينهما في الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل . ومنها إذا اكترى أرضا ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيرا ، أو ما ضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه ، فقال مالك له ذلك ، وقال داود : ليس له ذلك . ومنها اختلافهم في كنس مراحيض الدور المكثرة ، فالمشهور عن ابن القاسم أنه على أرباب الدور ، وروى عنه أنه على المكثري ، وبه قال الشافعي ، واستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التي تدخلها قوم وتخرج قوم ، فقال : الكنس في هله على رب الدار : ومنها اختلاف أصحاب مالك في الانهدام اليسير من الدار ، هل يلزم رب الدار إصلاحه ، أم ليس يلزم ؟ وينحط عنه من الكراء ذلك القدر ؟ فقال ابن القاسم : لا يلزمه ، وقال غيره من أصحابه يلزمه . وفروع هذا الباب كثيرة ، وليس قصدنا التفريع في هذا الكتاب .

(الجملة الثانية : وهي النظر في أحكام الطوارئ)

المفضل الأول منه ، وهو النظر في الفسوخ

فنقول : إن الفقهاء اختلفوا في عقد الإجارة ، فذهب الجمهور إلى أنه عقد لازم ، وحكى عن قوم أنه عقد جائز تشبيها بالجعل والشركة . والذين قالوا إنه عقد لازم اختلفوا فيما يفسخ به ، فذهب جماعة فقهاء الأمصار مالك والشافعي وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم إلى أنه لا يفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة . وقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز فسخ عقد الإجارة للعذر الطارئ على المستأجر * مثل أن يكرى دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق دونه الجمهور قوله

تعالى - أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - لأن الكراء عقد على منافع فأشبهه النكاح ، ولأنه عقد على معاوضة فلم يفسخ أصله البيع . وعمدة أبي حنيفة أنه شبه ذهاب ماله تستوفى المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة . وقد اختلف قول مالك إذا كان الكراء في غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص ؛ فقال عبد الوهاب الظاهر من مذهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا يتعين في الإجارة ، وإن عين فذلك كالوصف لا يفسخ بيعه أو ذهابه ، بخلاف العين المستأجرة إذا تلفت قال : وذلك مثل أن يستأجر على رعاية غنم بأعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا يفسخ العقد ، وعلى المستأجر أن يأتي بغنم مثلها ليرعاها أو قميص مثله ليخطه ، قال : وقد قيل إنها تتعين بالتعيين فيفسخ العقد بتلف المحل . وقال بعض المتأخرين : إن ذلك ليس اختلافا في المذهب وإنما ذلك على قسمين : أحدهما أن يكون المحل العين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه أو مما لا تقصد عينه ، فإن كان مما تقصد عينه انفسخت الإجارة كالظئر إذا مات الطفل ، وإن كان مما لا يقصد عينه لم تنفسخ الإجارة على رعاية الغنم بأعيانها أو بيع طعام في حانوت وما أشبه ذلك . واشترط ابن القاسم في المدونة أنه إذا استأجر على غنم بأعيانها فإنه لا يجوز إلا أن يشترط الخلف هو الثقات منه إلى أنها تنفسخ بذهاب محل استيفاء العين ، لكن لما رأى التلف سائقا إلى الفسخ رأى أنه من باب الغرر ، فلم يميز الكراء عليها إلا باشرط الخلف . ومن نحو هذا اختلافهم في هل يفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين : أعنى المكري أو المكترى ؛ فقال مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور : لا يفسخ ويورث عقد الكراء ؛ وقال أبو حنيفة والثوري والليث : يفسخ . وعمدة من لم يقل بالفسخ أنه عقد معاوضة ، فلم يفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع . وعمدة الحنفية أن الموت نقلة لأصل الرقبة المكتراة من ملك إلى ملك ، فوجب أن يبطل أصله البيع في العين المستأجرة مدة طويلة : أعنى أنه لا يجوز فلما كان لا يجتمع العقدان معا غلب ههنا انتقال الملك ولأبى الملك ليس له وارث ، وذلك خلافا للإجماع ، وربما شبهوا الإجارة بالنكاح إذ كان كلاهما استيفاء منافع ، والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد ، وربما احتجوا على المالكية فقط بأن الأجرة عندهم تستحق جزءا فجزءا بقدر

سما يقبض من المنفعة ، قالوا : وإذا كان هذا هكذا فإن مات المالك وبقيت الإجارة ، فإن المستأجر يستوفى في ملك الوارث حقا بموجب عقد في غير ملك العاقد وذلك لا يصح ، وإن مات المستأجر فتكون الأجرة مستحقة عليه بعد موته ، والميت لا يثبت عليه دين بإخاء بعد موته . وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لأن استيفاء الأجرة يجب عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك ، وعند مالك أن أرض المطر إذا أكرت ففنع القحط من زراعتها أو زرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط أن الكراء ينفسخ ، وكذلك إذا استعلت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة ، فلم يتمكن المكري من أن يزرعها وسائر الجوائح التي تصيب الزرع لا يحط عنه من الكراء شيء ، وعنده أن الكراء الذي يتعلق بوقت ما أنه إن كان ذلك الوقت مقصودا مثل كراء الرواحل في أيام الحج فغاب المكري عن ذلك الوقت أنه ينفسخ الكراء . وأما إن لم يكن الوقت مقصودا فإنه لا ينفسخ ، هذا كله عنده في الكراء الذي يكون في الأعيان . فأما الكراء الذي يكون في النعمة فإنه لا ينفسخ عنده بذهاب العين التي قبض المستأجر ليستوفى منها المنفعة إذا كان لم ينقصد الكراء على عين بعينها وإنما انعقد على موصوف في النعمة . وفروع هذا الباب كثيرة ، وأصوله هي هذه التي ذكرناها .

الفصل الثاني وهو للنظر في الضمان

والضمان عند الفقهاء على وجهين : بالتعدي ، أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال . فأما بالتعدي فيجب على المكري باتفاق ، والخلاف إنما هو في نوع التعدي الذي يوجب ذلك أو لا يوجبه وفي قدره ؛ فمن ذلك اختلاف العلماء في القضاء فيمن أكرت دابة إلى موضع ما فتعدى بها إلى موضع زائد على الموضع الذي انعقد عليه الكراء ، فقال الشافعي وأحمد : عليه الكراء الذي ألزمه إلى المسافة المشترطة ، ومثل كراء المسافة التي تعدى فيها ؛ وقال مالك : وبالدابة بالاختيار في أن يأخذ كراء دابته في المسافة التي تعدى فيها أو يضمن له قيمة الدابة . وقال أبو حنيفة : لا كراء عليه في المسافة المتعداة ، ولا ضارف أيها إذا تلفت في المسافة المتعداة أنه ضامن لها . فعلمة الشافعي أنه تعدى على المنفعة

فلزمه أجرة المثل أصله التعلد على منائر المنافع . وأما مالك فكانه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى أنه قد تعدى عليها فيها نفسها فشبهه بالغاصب ، وفيه ضعف . وأما مذهب أبي حنيفة فبعيد جدا عما تقتضيه الأصول الشرعية ، والأقرب إلى الأصول في هذه المسئلة هو قول الشافعي . وعند مالك أن عشان الدابة لو كانت عثور تعد من صاحب الدابة يضمن بها الحمل ، وكذلك إن كانت الحبال رثة ، ومسائل هذا الباب كثيرة . وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعد إلا من جهة المصلحة فهم الصناع ، ولا خلاف عندهم أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى ما عدا حامل الطعام والطحان ، فإن مالكا ضمنه ما هلك عنده ، إلا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه . وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم ، فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف : يضمنون ما هلك عندهم ، وقال أبو حنيفة : لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ، ويضمن المشترك ومن عمل بأجر . وللشافعي قولان في المشترك . والخاص عندهم هو الذي يعمل في منزل المستأجر ، وقيل هو الذي لم ينتصب للناس ، وهو مذهب مالك في الخاص ، وهو عنده غير ضامن ، وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصناع المشترك يضمن ، وسواء عمل بأجر أو بغير أجر ، ويتضمن الصناع قال على وعمر ، وإن كان قد اختلف عن على في ذلك : وعمدة من لم ير الضمان عليهم أنه شبه الصناع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة . وأما من فرق بين أن يعملوا بأجر أو لا يعملوا بأجر ، فلأن العامل بغير أجر إنما قبض الميعول لمنفعة صاحبه فقط فأشبه المودع ، وإذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليهما ، فغلبت منفعة القايض ، أصله القرض والعارية عند الشافعي ، وكذلك أيضا من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه سد ذريعة ، والأجير عند مالك كما قلنا لا يضمن إلا أنه استحسنت تضمين حامل القوت وما يجري مجراه ، وكذلك الطحان وما عدا غيرهم فلا يضمن إلا بالتعلد ، وصاحب الحمام لا يضمن عنده ، هذا هو المشهور عنه ، وقد قيل يضمن . وشذ أشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ ، ولا خلاف أن

الصناع لا يضمنون ما لم يقبضوا في منازلهم . واختلف أصحاب مالك إذا قامت
البيئة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الأجرة أم لا ، إذا
كان هلاكه بعد إتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها ؟ فقال ابن القاسم : لأجرة
لهم ، وقال ابن المواز : لهم الأجرة ؛ ووجه ما قال ابن المواز أن المصيبة إذا
نزلت بالمستأجر فوجب أن لا يعضى عمل الصانع باطلا ؛ ووجه ما قال ابن
القاسم أن الأجرة إنما استوجبت في مقابلة العمل ، فأشبه ذلك إذا هلك بتفريط
من الأجير ، وقول ابن المواز أقيس ، وقول ابن القاسم أكثر نظرا إلى المصلحة
لأنه رأى أن يشتركوا في المصيبة . ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب
السفينة ، فقال مالك : لا ضمان عليه ، وقال أبو حنيفة : عليه الضمان إلا من
الموج ، وأصل مذهب مالك أن الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من
حرق أو كسر في المصنوع أو قطع إذا عمله في حانوته ، وإن كان صاحبه قاعدا
معه ، إلا فيما كان فيه تقرير من الأعمال ، مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص .
وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والطبيب يموت العليل من معالجته
وكنلك البيطار إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ . وأما الطبيب وما أشبهه
إذا أخطأ في فعله ، وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس ، والدية على .
العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث ، وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه .
الضرب والسجن والدية ، قيل في ماله ، وقيل على العاقلة .

الفصل الثالث في معرفة حكم الاختلاف

وهو النظر في الاختلاف ، وفي هذا الباب أيضا مسائل : فمنها أنهم اختلفوا
إذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة ، فقال أبو حنيفة : القول
قول رب المصنوع ، وقال مالك وابن أبي ليلى : القول قول الصانع .
وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ، ومن المدعى عليه ؟ . ومنها
إذا ادعى الصناع رد ما استصنعوا فيه وأنكر ذلك الدافع ، فالقول عند
مالك قول الدافع ، وعلى الصناع البيئة لأنهم كانوا ضامين لما في أيديهم ؛
وقال ابن المباحشون : القول قول الصناع إن كان ما دفع إليهم دفع بغير بيئة ،
وإن كان دفع إليهم بيئة فلا يبرعون إلا ببيئة . وإذا اختلف الصانع ورب المتاع

تبقى دفع الأجرة ، فالمشهور في المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه إن قام
بمحدثان ذلك ، وإن تطاول فالقول قول رب المصنوع ، وكذلك إذا اختلف
المكرى والمكترى ، وقيل بل القول قول الصانع وقول المكرى وإن طال ،
وهو الأصل . وإذا اختلف المكرى والمكترى أو الأجير والمستأجر في مدة
الزمان الذى وقع فيه استيفاء المنفعة إذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف في جميع
الزمان المضروب في ذلك ، فالمشهور في المذهب أن القول قول المكترى والمستأجر
لأنه الغارم ، والأصول على أن القول قول الغارم ، وقال ابن الماجشون :
القول قول المكترى له والمستأجر إذا كانت العين المستوفاة منها المنافع
في قبضهما مثل الدار وما أشبه ذلك . وأما ما لم يكن في قبضه مثل الأجير فالقول قول
الأجير . ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين
في الدواب وفي الرواحل ، وذلك أن اختلافهما لا يخلو أن يكون في قدر المسافة
أو نوعها ، أو قدر الكراء أو نوعه ، فإن كان اختلافهما في نوع المسافة ،
أو في نوع الكراء ، فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين في نوع الثمن ،
قال ابن القاسم : انعقد أولم ينقذ ، وقال غيره : القول قول رب الدابة إذا
انعقد وكان يشبه ما قال . وإن كان اختلافهما في قدر المسافة ، فإن كان قبل
الركوب أو بعد ركوب يسير ، فالتحالف والتفاسخ ، وإن كان بعد ركوب
كثير ، أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة في المسافة
إن انتقد وكان يشبه ما قال ، وإن لم ينتقد وأشبه قوله تحالفا ويفسخ الكراء على
أعظم المسافتين ، فاجعل منه للمسافة التي ادعاها رب الدابة أعطيه ، وكذلك
إن انتقد ولم يشبه قوله وإن اختلفا في الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول
المكترى نقد أولم ينقذ لأنه مدعى عليه . وإن اختلفا في الأمرين جميعا في المسافة
والثمن مثل أن يقول رب الدابة بقرطبة : اكتريت منك إلى قرمونة بدينارين
ويقول المكترى بل بدينار إلى إشبيلية ، فإن كان أيضا قبل الركوب أو بعد
ركوب لا ضرر عليهما في الرجوع تحالفا وتفاسخا ، وإن كان بعد يسير كثير
أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة ، فإن كان لم ينقذ المكترى شيئا كان
القول قول رب الدابة في المسافة ، والقول قول المكترى في الثمن ، وبغرم من
الثمن ما يجب له من قرطبة إلى قرمونة ، على أنه لو كان الكراء به إلى إشبيلية
وذلك أنه أشبه قول المكترى ، وإن لم يشبه ما قال وأشبه رب الدابة غرم دينارين

وإن كان المكترى تقدم الثمن الذى يدعى أنه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان القول قول رب الدابة فى المسافة ويبقى له ذلك الثمن الذى قبضه لا يرجع عليه بشيء منه إذ هو مدعى عليه فى بعضه ، وهو يقول : بل هولى وزيادة ، فيقبل قوله فيه لأنه قبضه ، ولا يزال قوله فى الزيادة ، ويسقط عنه ما لم يقرب به من المسافة أشبه ما قال أولم يشبه ، إلا أنه إذا لم يشبه قسم الكراء الذى أقر به المكترى على المسافة كلها ، فيأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التى ادعاها ، وهذا القدر كاف فى هذا الباب .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الجعل

والجعل هو الإجارة على منفعة مظنون حصولها ، مثل مشاركة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الآبق . وقد اختلف العلماء فى منعه وجوازه ؛ فقال مالك : يجوز ذلك فى اليسير بشرطين : أحدهما أن لا يضرب لذلك أجلا . والثانى أن يكون الثمن معلوما ؛ وقال أبو حنيفة : لا يجوز ؛ وللشافعى قولان وعمدة من أجازه قوله تعالى : وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حِمْلُ يَمْعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ - وإجماع الجمهور على جوازه فى الإباق والسؤال . وما جاء فى الأثر من أخذ الثمن على الرقية بأمر القرآن ، وقد تقدم ذلك . وعمدة من منعه الغرر الذى فيه قياسا على سائر الإجازات ، ولا خلاف فى منذهب مالك أن الجعل لا يستحق شىء عنه إلا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم . واختلف مالك وأصحابه فى هذا الباب فى كراء السفينة ، هل هو جعل أو إجارة فقول مالك : ليس لصاحبها كراء إلا بعد البلوغ ، وهو قول ابن القاسم ذهابا إلى أن حكمها حكم الجعل . وقال ابن نافع من أصحابه : له قدر ما بلغ من المسافة ، فأجرى حكمه مجرى الكراء . وقال أصبغ : إن لجح فهو جعل وإن لم يلجح فهو إجارة له بحسب الموضع الذى وصل إليه . والنظر فى هذا الباب فى جوازه ومحلّه وشروطه وأحكامه ومحلّه هو ما كان من الأفعال لا ينتفع الجاعل بجزء منه ، لأنه إذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجعل ،

(١) هكذا بالنسخ ، ولعله للعمل ، لأن الملتزم للجعل هو المنتفع ، أو تجعل اللام للالة ، تأمل اه مصححه

ولم يأت بالمنفعة التي انعقد الجعل عليها ، وقلنا على حكم الجعل إنه إذا لم يأت بالمنفعة التي انعقد الجعل عليها لم يكن له شيء ، فقد انتفع الجاعل بعمل المجهول من غير أن يعرضه من عمله بأجر وذلك ظلم ، ولذلك يختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل هو جعل أو إجارة مثل مسئلة السفينة المتقدمة هل هي مما يجوز فيها الجعل أولا يجوز مثل اختلافهم في المجاملة على حفر الآبار ، وقالوا في المغارسة إنها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة ، وهي عند مالك أن يعطى الرجل أرضه لرجل على أن يغرس فيه عددا من الثمار معلوما ، فإذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الأرض متفق عليه .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب القراض

ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض ، وأنه مما كان في الجاهلية فأقره الإسلام . وأجمعوا على أن صفته أن يعطى الرجلُ الرجلَ المالَ على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال ، أي جزء كان مما يتفقان عليه ثلثا أو ربعا أو نصفا ، وأن هذا مستثنى من الإجارة المجهولة ، وأن الرخصة في ذلك إنما هي لموضع الفرق بالناس ، وأنه لاضمان على العامل فيما تلف من رأس المال إذا لم يتعد ، وإن كان اختلفوا فيما هو تعدد مما ليس بتعد . وكذلك أجمعوا بالحملة على أنه لا يقترب به شرط يزيد في مجهلة الربح أو في الغرر الذي فيه وإن كان اختلفوا فيما يقتضى ذلك من الشروط مما لا يقتضى . وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدرهم ، واختلفوا في غير ذلك . وبالحملة فالنظر فيه : في صفته وفي محله وفي شروطه وفي أحكامه ، ونحن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الأبواب مشهورات مسائلهم .

الباب الأول في محله

أما صفته فقد تقدمت . وأنهم أجمعوا عليها . وأما محله فإنهم أجمعوا على أنه جائز بالدنانير والدرهم ، واختلفوا في العروض في جمهور فقهاء الأمصار على أنه لا يجوز القراض بالعروض ، وجوزّه ابن أبي ليلى . وحجة الجمهور أن

رأس المال إذا كان عروضاً كان غرراً لأنه يقبض العرض وهو يساوى قيمة مآ ، ويرده وهو يساوى قيمة غيرها ، فيكون رأس المال والربح مجهولاً . وأما إن كان رأس المال ما به إيباع العروض ، فإن مالكا منعه والشافعي أيضاً ، وأجازاه أبو حنيفة . وعمدة مالك أنه قارضه على ما يبيع به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها ، فكأنه قراض ومنفعة ، مع أن ما يبيع به السلعة مجهول ، فكأنه إنما قارضه على رأس مال مجهول ، ويشبه أن يكون أيضاً إنما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكلف المقارض في ذلك من البيع ، وحينئذ ينقض رأس مال القراض ، وكذلك إن أعطاه العرض بالثمن الذى اشتراه به ، ولكنه أقرب الوجوه إلى الجواز ، ولعل هذا هو الذى جوزّه ابن أبى ليلى ، بل هو الظاهر من قولهم ؛ فإنهم حكوا عنه أنه يجوز أن يعطى الرجل ثوباً يبيعه ، فما كان خيه من ربح فهو بينهما ، وهذا إنما هو على أن يجعل أصل المال الثمن الذى اشترى به الثوب ، ويشبه أيضاً إن جعل رأس المال الثمن أن يتم المقارض فى تصديقه رب المال بخبره على أخذ القراض منه . واختلف قول مالك فى القراض بالنقد من الذهب والفضة ، فروى عنه أشهب منع ذلك ، وروى ابن القاسم جوازه ، ومنعه فى المصوغ ، وبالمع فى ذلك قال الشافعي والكوفي ، فن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ، ومن أجازها شبهها بالدرهم والدنانير . لقلة اختلاف أسواقها . واختلف أيضاً أصحاب مالك فى القراض بالفلوس ، فتنعه وابن القاسم ، وأجازها أشهب ، وبه قال محمد بن الحسن ؛ وجمهور العلماء مالك والشافعي وأبو حنيفة على أنه إذا كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يعطيه له قراضاً قبل أن يقبضه ؛ أما العلة عند مالك فخافة أن يكون أعسر بماله ، فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه ، فيكون الربا المنهى عنه . وأما العلة عند الشافعي وأبي حنيفة ، فإن ما فى الذمة لا يتحول ويعود أمانة . واختلفوا فيما من أمر رجلاً أن يقبض ديناً له على رجل آخر ، ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك وأصحابه ، لأنه رأى أنه ازداد على العامل كلفة ، وهو ما كلفه من قبضه ، وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة فى القراض أنه فاسد ؛ وأجاز ذلك الشافعي والكوفي ، قالوا : لأنه وكله على القبض ، لأنه جعل القبض شرطاً فى المصارفة ، فهذا هو القول فى محله . وأما صفة خفى الصفة التى قلناها .

الباب الثاني في مسائل الشروط

وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندهم إلى غرر أو إلى مجهلة زائدة . ولا خلاف بين العلماء أنه إذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح شيئاً زائداً غير ما انعقد عليه القراض أن ذلك لا يجوز ، لأنه يصير ذلك الذي انعقد عليه القراض مجهولاً ، وهذا هو الأصل عند مالك في أن لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق يشترطه أحدهما لصاحبه مع نفسه ، فهذه جملة ما اتفقوا عليه . وإن كانوا قد اختلفوا في التفصيل ؛ فمن ذلك اختلافهم إذا شرط العامل الربح كله له ، فقال مالك : يجوز ، وقال الشافعي لا يجوز ، وقال أبو حنيفة : هو قرض لا قراض ؛ فمالك رأى أنه لإحسان من رب المال وتطوع ، إذ كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير ؛ والشافعي رأى أنه غرر ، لأنه إن كان خسران فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض ، وإن كان ربح فليس لرب المال فيه شيء . ومنها إذا شرط رب المال الضمان على العامل ، فقال مالك : لا يجوز القراض وهو فاسد ، وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه ؛ القراض جائز والشرط باطل . وعمدة مالك أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد ؛ وأما أبو حنيفة فشبّه بالشرط الفاسد في البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتماداً على حديث بريرة المتقدم . واختلفوا في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف ، مثل أن يشترط عليه تعيين جنس مّا من السلع ، أو تعيين جنس مّا من البيع ، أو تعيين موضع مّا للتجارة ، أو تعيين صنف مّا من الناس يتجر معهم . فقال مالك والشافعي في اشتراط جنس من السلع : لا يجوز ذلك إلا أن يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتاً مّا من أوقات السنة ؛ وقال أبو حنيفة : يلزمه ما اشترط عليه ، وإن تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن . فمالك والشافعي رأيا أن هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك ؛ وأبو حنيفة استخفّ الغرر الموجود في ذلك ، كما لو اشترط عليه أن لا يشتري جنساً مّا من السلع لكان على شرطه في ذلك باجماع . ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور ، وأجازه أبو حنيفة إلا أن يتفاحنا ؛ فمن لم يجزه

رأى أن في ذلك تضييقاً على العامل يخل عليه مزيد غرر ، لأنه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل إلى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر ؛ ومن أجاز الأجل شبه القراض بالإجارة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز اشتراط رب المال زكاة الربح على العامل في حصته من الربح ، فقال مالك في الموطأ : لا يجوز ، ورواه عنه أشهب ؛ وقال ابن القاسم : ذلك جائز ، ورواه عن مالك ، ويقول مالك قال الشافعي . وحجة من لم يجزه أنه تعوض حصة العامل ورب المال مجهولة ، لأنه لا يدري كم يكون المال في حين وجوب الزكاة فيه ، وتشبيهاً باشتراط زكاة أصل المال عليه : أعني على العامل ، فإنه لا يجوز باتفاق . وحجة ابن القاسم أنه يرجع إلى جزء معلوم النسبة وإن لم يكن معلوم القدر ، لأن الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى ، فكأنه اشترط عليه في الربح الثلث إلا ربع العشر ، أو النصف إلا ربع العشر ، أو الربع إلا ربع العشر ، وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال ، لأن ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة ، فكان ممكناً أن يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلاً ، وهل يجوز أن يشترط ذلك المقارض على رب المال ؟ في المذهب فيه قولان : قيل بالفرق بين العامل ورب المال ، وقيل يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ، ولا يجوز أن يشترطه رب المال على العامل ، وقيل عكس هذا . واختلفوا في اشتراط العامل على رب المال غلاماً بعينه على أن يكون للغلام نصيب من المال ، فأجازه مالك والشافعي وأبو حنيفة ؛ وقال أشهب من أصحاب مالك : لا يجوز ذلك ، فن أجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ، ومن لم يجز ذلك رأى أنها زيادة ازدادها العامل على رب المال . فأما إن اشترط العامل غلامه ، فقال الثوري : لا يجوز ، وللغلام فيما عمل أجرة المثل ، وذلك أن حظ العامل يكون عنده مجهولاً .

القول في أحكام القراض

والأحكام ، منها ما هي أحكام القراض الصحيح ، ومنها ما هي أحكام القراض الفاسد . وأحكام القراض الصحيح ، منها ما هي من موجبات العقد ، أعني أنها تابعة لموجب العقد ، ويختلف فيها هل هي تابعة أو غير تابعة ؟ ومنها أحكام طوارئ تطرأ على العقد مما لم يكن موجبه من نفس العقد ، مثل التعدى

والاختلاف وغير ذلك : ونحن نذكر من هذه الأوصاف ما اشتهر عند فقهاء الأمصار . ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول : إنه أجمع العلماء على أن الزوم ليس من موجبات عقد القراض ، وأن لكل واحد منهما فسخه مالم يشرع العامل في القراض . واختلفوا إذا شرع العامل ، فقال مالك : هو لازم ، وهو عقد يورث ، فإن مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل أبيهم ، وإن لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة : لكل واحد منهم الفسخ إذا شاء ، وليس هو عقد يورث . فالك ألزمه بعد الشروع في العمل لما فيه من ضرر ، ورآه من العقود الموروثة . والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بما بعد الشروع في العمل . ولا خلاف بينهم أن المقارض إنما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينضج جميع رأس المال ، وأنه إن خسرت ثم اتجر ثم ربح جبر الخسران من الربح . واختلفوا في الرجل يدفع إلى رجل مالا قراضا فيهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ، ثم يعمل فيه فيربح ، فيريد المقارض أن يجعل رأس المال بقية المال بعد التي هلك ، هل له ذلك أم لا ؟ فقال مالك وجمهور العلماء : إن صدق قرب المال ، أو دفع رجل مالا قراضا لرجل فهلك منه جزء قبل أن يعمل فأخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقي عنك قراضا على الشرط المتقدم لم يجوز حتى يفاصله ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الأول . وقال ابن حبيب من أصحاب مالك إنه يلزمه في ذلك القول ، ويكون الباقي قراضا ، وهذه المسئلة هي من أحكام الطوارئ ، ولكن ذكرناها هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة ، وهي من أحكام العقد . واختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقارض عليه أم لا ؟ على ثلاثة أقوال : فقال الشافعي في أشهر أقواله : لا نفقة له أصلا إلا أن يأذن له رب المال ؛ وقال قوم : له نفقته ، وبه قال إبراهيم النخعي والحسن ، وهو أحد ما روى عن الشافعي ؛ وقال آخرون : له النفقة في السفر من طعامه وكسوته ، وليس له شيء في الحضر ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وجمهور العلماء ، إلا أن مالكا قال : إذا كان المال يحمل ذلك ، وقال الثوري : ينفق ذاهبا ولا ينفق راجعا ، وقال الليث : يتغلى في المصر ولا يتعشى ؛ وروى عن الشافعي أن له نفقته في المرض ، والمشهور عنه مثل قول الجمهور : أن لا نفقة له

حتى المرض . وحجة من لم يميزه أن ذلك زيادة منفعة في القراض فلم يميز . أصله المنافع . وحجة من أجازته أن عليه العمل في الصلح الأول ، ومن أجازته في الحضر شبهه بالسفر . وأجمع علماء الأمصار على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلا بمحضرة رب المال ، وأن حضور رب المال شرط في قسمة المال وأخذ العامل حصته ، وأنه ليس يكفي في ذلك أن يقسمه بحضور بيته ولا غيرها .

القول في أحكام الطوارئ

واختلفوا إذا أخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ، ثم ضاع المال أو بعضه ؛ فقال مالك : إن أذن له رب المال في ذلك فالعامل مصدق فيما ادعاه من الضياع ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري : ما أخذ العامل يرده ويجبر به رأس المال ، ثم يقتسمان فضلا إن كان هنالك . واختلفوا إذا هلك مال القراض بعد أن اشترى العامل به سلعة ما وقبل أن يتقلده البائع . فقال مالك : البيع لازم للعامل ، ورب المال مخير إن شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ، ثم تكون بينهما على ما شرطوا من المقارضة ، وإن شاء تبرأ عنها ؛ وقال أبو حنيفة : بل يلزم ذلك للشراء رب المال شبه بالوكيل ، إلا أنه قال : يكون رأس المال في ذلك القراض الثمين ، ولا يقتسمان الربح إلا بعد حصوله عينا : أعني ثمن تلك الساعة التي تلفت أولا ، والثمن الثاني الذي لزمه بعد ذلك . واختلفوا في بيع العامل من رب المال بغض سلع القراض ، فكره ذلك مالك ، وأجازته أبو حنيفة على الإطلاق ، وأجازته الشافعي بشرط أن يكونا قد تبايعا بما لا يتغابن الناس بمثله . ووجهه ما كرهه من ذلك مالك أن يكون يرخص له في الساعة من أجل ما قارضه ، فكأن رب المال أخذ من العامل منفعة سوى الربح الذي اشترط عليه . ولا أعرف خلافا بين فقهاء الأمصار أنه إن تكرى العامل على السلع إلى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة أنها على العامل لأعلى رب المال ، لأن رب المال إنما دفع ماله إليه ليتجر به ، فما كان من خسران في المال فعليه ، وكذلك ما زاد على المال واستغرقه . واختلفوا في العامل يستدين ما لا يفتجر به مع مال القراض ، فقال مالك : ذلك

لا يجوز ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة : ذلك جائز ، ويكون الربح بينهما على شرطهما . وحجة مالك أنه كما لا يجوز أن يستدين على المقارضة ، كذلك لا يجوز أن يأخذ ديناً فيها . واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين إذا لم يأمر به رب المال ؟ فقال مالك : ليس له ذلك ، فإن فعل ضمن ، وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة : له ذلك . والجميع متفقون على أن العامل إنما يجب له أن يتصرف في عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالباً في أكثر الأحوال ؛ فمن رأى أن يتصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس في الأغلب لم يحزه ؛ ومن رأى أنه مما يتصرف فيه الناس أجازوه . واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة . والليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير إذن رب المال ، فقال هؤلاء : كلهم ماعدا مالكا ؛ هو تعدى ويضمن ؛ وقال مالك : ليس بتعدى . ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الأمصار أنه إن دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر أنه ضامن إن كان خسران ، وإن كان ربح فذلك على شرطه ، ثم يكون للذي عمل شرطه على الذي دفع إليه ، فيوفيه حظه مما بقي من المال وقال المزني عن الشافعي : ليس له إلا أجرة مثله ، لأنه عمل على فساد .

القول في حكم القراض الفاسد

واتفقوا على أن يحكم القراض الفاسد نسخه ورد المال إلى صاحبه ما لم يفت بالعمل . واختلفوا إذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيه في واجب عمله على أقوال : أحدها أنه يرد جميعه إلى قراض مثله ، وهي رواية ابن الماجشون عن مالك ، وهو قوله وقول أشهب . والثاني أنه يرد جميعه إلى إجارة مثله ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وعبد العزيز بن أبي سلمة من أصحاب مالك ، وحكى عبد الوهاب أنها رواية عن مالك . والثالث أنه يرد إلى قراض مثله ما لم يكن أكثر مما سماه ، وإنما له الأقل مما سمي أو من قراض مثله إن كان رب المال هو مشروط الشرط على المقارض ، أو الأكثر من قراض مثله ، أو من الجزء الذي سمي له إن كان المقارض هو مشروط الشرط الذي يقتضى الزيادة التي من قبيلها قسد القراض ، وهذا القول يتخرج رواية عن مالك . والرابع أنه يرد إلى

قراض مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه في المال بما ليس
 ينفرد أحدهما بها عن صاحبه ، وإلى إجارة مثله في كل منفعة اشترطها أحد
 المتقارضين خالصة اشترطها مما ليست في المال وفي كل قراض فاسد من قبل
 الغرر والجهل ، وهو قول مطرّف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ ،
 واختاره ابن حبيب ؛ وأما ابن القاسم فاختلف قوله في القراضات الفاسدة ،
 فبعضها وهو الأكثر قال : إن فيها أجره المثل ، وفي بعضها قال : فيها قراض
 المثل . فاختلف الناس في تأويل قوله ؛ فمنهم من حل اختلاف قوله فيها على
 الفرق الذي ذهب إليه ابن عبد الحكم وبطرف ، وهو اختيار ابن حبيب
 واختيار جدى رحمه الله عليه . ومنهم من لم يعلل قوله وقال : إن مذهبه أن كل
 قراض فاسد ففيه أجره المثل إلا تلك التي نص فيها قراض المثل وهي سبعة :
 القراض بالعروض ، والقراض بالضمآن ، والقراض إلى أجل ، والقراض المجهّم ،
 وإذا قال له اعمل على أن لك في المال شركا ، وإذا اختلف المتقارضان وأتيا
 بما لا يشبه فحلّفا على دعواهما ، وإذا دفع إليه المال على أن لا يشتري به
 إلا بالدين فاشترى بال نقد ، أو على أن لا يشتري إلا سلعة كذا وكذا والسلعة
 غير موجودة فاشترى غير ما أمر به . وهذه المسائل يجب أن تردّ إلى علة
 واحدة ، وإلا فهو اختلاف من قول ابن القاسم ، وحكي عبد الوهاب عن
 ابن القاسم أنه فصل فقال : إن كان الفساد من جهة العقد ردّ إلى قراض المثل ،
 وإن كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر ردّ إلى أجره المثل ،
 والأشبه أن يكون الأمر في هذا بالعكس . والفرق بين الأجرة وقراض المثل
 أن الأجرة تتعاق بلزمة رب المال سواء كان في المال ربح أو لم يكن ، وقراض
 المثل هو على سنة القراض إن كان فيه ربح كان للعامل منه ، وإلا فلا شيء له .

القول في اختلاف المتقارضين

واختلف الفقهاء إذا اختلف العامل ورب المال في تسمية الجزء الذي
 تقارضا عليه ، فقال مالك : القول قول العامل لأنه عنده مؤتمن ، وكذلك
 الأمر عنده في جميع دعاويه إذا أتى بما يشبه ، وقال الليث : يحمل على قراض
 مثله ، وبه قال مالك إذا أتى بما لا يشبه ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه ؛ القول قول

رب المال ، وبه قال الثورى ؛ وقال الشافعى : يتحالفان ويتفاخنان ، ويكون له أجرة مثله . وسبب اختلاف مالك وأبي حنيفة اختلافهم فى سبب ورود النص بوجوب اليين على المدعى عليه ، هل ذلك لأنه مدعى عليه ، أو لأنه فى الأغلب أقوى شبهة ؛ فمن قال لأنه مدعى عليه قال القول قول رب المال ؛ ومن قال لأنه أقواهما شبهة فى الأغلب قال : القول قول العامل لأنه عنده مؤتمن ؛ وأما الشافعى فمقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين فى ثمن السلعة . وهذا كاف فى هذا الباب .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب المساقاة

القول فى المساقاة

أما أولا فى جوازها . والثانى : فى معرفة الفساد والصحة فيها . والثالث : فى أحكامها .

القول فى جواز المساقاة

فأما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعى والثورى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحباً أبي حنيفة وأحمد وداود ، وهى عندهم مستثناة بالسنة من بيع ما لم يخلق ، ومن الإجارة المجهولة ؛ وقال أبو حنيفة : لا تجوز المساقاة أصلا . وعمدة الجمهور فى إجازتها حديث ابن عمر الثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إلى يهود خيبر نخيل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ، ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها » خرجه البخارى ومسلم وفى بعض رواياته « أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمر » وما رواه مالك أيضا من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر « أَقِيرْكُمْ عَلَى مَا أَقَرَّكُمْ اللهُ عَلَى أَنْ التَّمْرَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ » قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم

يبيح عبد الله بن رواحة فيحرص بينه وبينهم ، ثم يقول « إن شئتم فلكم وإن شئتم فلي » وكذلك مرسله أيضا عن سليمان بن يسار في معناه ، وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فعملتهم مخالفة هذا الأثر للأصول مع أنه حكم مع اليهود ، واليهود يحتمل أن يكون أقرهم على أنهم عبيد ، ويحتمل أن يكون أقرهم على أنهم ذمة ، إلا أنا إذا أنزلنا أنهم ذمة كان مخالفا للأصول ، لأنه يبيع ما لم يخلق ؛ وأيضا فإنه من المزابنة ، وهو يبيع التمر بالتمر متفاضلا ، لأن القسمة بالحرص يبيع بالحرص ، واستدلوا على مخالفته للأصول بما روى في حديث عبد الله بن رواحة أنه كان يقول لهم عند الحرص « إن شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين ، وإن شئتم فلي وأضمن نصيبكم » وهذا حرام بإجماع . وربما قالوا إن النهي الوارد عن المخاطبة هو ما كان من هذا الفعل بخير . والجمهور يرون أن المخاطبة هي كراء الأرض ببعض ما يخرج منها ، قالوا : وما يدل على نسخ هذا الحديث ، أو أنه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها ، لأن المساقاة تقتضي جواز ذلك ، وهو خاص أيضا في بعض روايات أحاديث المساقاة ، ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعي ، أعني بما جاء من « أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة » وهي زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر .

القول في صحة المساقاة

والنظر في الصحة راجع إلى النظر في أركانها ، وفي وقتها ، وفي شروطها المشترطة في أركانها . وأركانها أربعة : المحل المخصوص بها . والجزء الذي تنعقد عليه . وصفة العمل الذي تنعقد عليه . والمدة التي تجوز فيها وتنعقد عليها . (الركن الأول : في محل المساقاة) واختلفوا في محل المساقاة ، فقال داود : لا تكون المساقاة إلا في النخيل فقط ؛ وقال الشافعي : في النخل والكرم فقط ؛ وقال مالك : تجوز في كل أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة ، وتكون في الأصول غير الثابتة كالمقاني والبطيخ مع عجز صاحبها عنها ، وكذلك الزرع ، ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع إلا ابن دينار ، فإنه أجازها فيه إذا نبتت قبل أن تستغل ؛ فعمدة من قصره على

النخل أنها رخصة ، فوجب أن لا يتعدى بها محالها الذي جاءت فيه السنة . وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقذ فيها سبب عام ، فوجب تعدية ذلك إلى الغير . وقد يقاس على الرخص عند قوم إذا فهم هنالك أسباب أعم من الأشياء التي علقت الرخص بالنقص بها ؛ وقوم منعوا القياس على الرخص ؛ وأما داود فهو يمنع القياس على الجملة ، فالمساقاة على أصوله مطردة ؛ وأما الشافعي فلأنما أجازها في الكرم من قبل أن الحكم في المساقاة هو بالحرص ، وقد جاء في حديث عتاب بن أسيد الحكم بالحرص في النخل والكرم وإن كان ذلك في الزكاة ، فكأنه قاس المساقاة في ذلك على الزكاة ، والحديث الذي ورد عن عتاب بن أسيد هو « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره أن يحرص العنب وتؤدى زكاته زيبيا ، كما تؤدى زكاة النخل تمرا » ودفع داود حديث عتاب ابن أسيد لأنه مرسل ، ولأنه انفرد به عبد الرحمن بن إسحاق وليس بالقوى . واختلفوا إذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع النمار ، هل يجوز أن تساق الأرض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الأرض ؟ فذهب إلى جواز ذلك طائفة ، وبه قال صاحب أبي حنيفة والليث وأحمد والثوري وابن أبي ليلى وجماعة ؛ وقال الشافعي وأهل الظاهر : لا تجوز المساقاة إلا في الثمر فقط ؛ وأما مالك فقال : إذا كانت الأرض تبعا للثمر وكان الثمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها في المساقاة اشترط جزءا خارجا منها أو لم يشترطه ، وحد ذلك الجزء بأن يكون الثلث فما دونه ، أعنى أن يكون مقدار كراء الأرض الثلث من الثمر فما دونه ، ولم يجز أن يشترط رب الأرض أن يزرع البياض لنفسه ، لأنها زيادة ازدادها عليه ؛ وقال الشافعي : ذلك جائز ؛ وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعا ، أعنى على الأرض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم ؛ وحجة من لم يجز ذلك ما روى من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها في حديث رافع بن خديج ، وقد تقدم

(١) هكنا بالنسخ ، ولعله متناقض في النقل عن الشافعي ، فإنه نقل عنه أولا أنه لا يجوز إلا في الثمرة وهنا أنه تجوز المساقاة في الأرض والنخل معا فلعل له قولين ، تأمل اه مصححه .

ذلك ؛ وقال أحمد بن حنبل : أحاديث رافع مضطربة الألفاظ ، وخديث
عمر أصح . وأما تجريد مالك ذلك بالثلث فضعيف ، وهو استحسان مبنى
على غير الأصول ، لأن الأصول تقتضى أنه لا يفرق بين الجائر من غير الجائر
بالقليل والكثير من الجنس الواحد . ومنها اختلافهم فى المساقاة فى البقل ؛ فأجازها
مالك والشافعي وأصحابه ومحمد بن الحسن ؛ وقال الليث : لا تجوز المساقاة
فى البقل ، وإنما أجازها الجمهور لأن العامل وإن كان ليس عليه فيها سقى
فيبقى عليه أعمال أخر ، مثل الإبرار وغير ذلك ؛ وأما الليث فيرى السقى بالماء هو
الفعل الذى تنعقد عليه المساقاة ، ولمكانه وردت الرخصة فيه .

(الركن الثانى) وأما الركن الذى هو العمل ، فإن العلماء بالجملة أجمعوا
على أن الذى يجب على العامل هو السقى والإبرار . واختلفوا فى الجذاذ على من هو ؟
وفى سد الحظار وتنقية العين والسبانية . أما مالك فقال فى الموطأ : السنة
فى المساقاة التى يجوز لرب الحائط أن يشترطه سد الحظار وختم العين وشرب
الشراب وإبرار النخل وقطع الجريد وجد الثمر ، هذا وأشباهه هو على العامل ،
وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه فى المساقاة بالشرط ، ويمكن أن
يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد . وقال الشافعي : ليس عليه سد الحظار لأنه
ليس من جنس ما يؤثر فى زيادة الثمرة مثل الإبرار والسقى . وقال محمد بن
الحسن : ليس عليه تنقية السواني والأنهار . وأما الجذاذ فقال مالك والشافعي :
هو على العامل ، إلا أن مالكا قال : إن اشترطه العامل على رب المال جاز ؛
وقال الشافعي : لا يجوز شرطه وتفسخ المساقاة إن وقع ؛ وقال محمد بن
الحسن : الجذاذ بينهما نصفان ؛ وقال المصنفون من أصحاب مالك : إن العمل
على الحائط على وجهين ؛ عمل ليس له تأثير فى إصلاح الثمرة ، وعمل له تأثير
فى إصلاحها . والذى له تأثير فى إصلاحها منه ما يتأيد ويبقى بعد الثمر ، ومنه
ما لا يبقى بعد الثمر . فأما الذى ليس له تأثير فى إصلاح الثمر فلا يدخل
فى المساقاة لانفس العقد ولا بالشرط إلا للشيء اليسير منه . وأما ماله تأثير
فى إصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط فى المساقاة لانفس العقد ،
مثل إنشاء جفربئر ، أو إنشاء ظفيرة للماء ، أو إنشاء غرس ، أو إنشاء بيت
يجنى فيه الثمر . وأما ماله تأثير فى إصلاح الثمر ولا يتأيد ، فهو لازم بنفس

العقد ، وذلك مثل الحفر والسقي وزبر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاف وما أشبه ذلك ؛ وأجمعوا على أن ما كان في الحائط من الدواب والعييد أنه ليس من حق العامل . واختلفوا في شرط العامل ذلك على المساق ، فقال مالك ؛ يجوز ذلك فيما كان منها في الحائط قبل المساقاة . وأما إن اشترط فيها ما لم يكن في الحائط فلا يجوز ؛ وقال الشافعي : لا بأس بذلك وإن لم يكن في الحائط ، وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك ؛ وقال محمد بن الحسن : لا يجوز أن يشترط العامل على رب المال ، ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ؛ ووجه كراهيته ذلك ما يلحق في ذلك من الجهل بنصيب رب المال ؛ ومن أجاز به رأى أن ذلك تافه ويسير ، ولتردد الحكم بين هذين الأضلين استحسن مالك ذلك في الرقيق الذي يكون في الحائط في وقت المساقاة ومنعه في غيرهم ، لأن اشتراط المنفعة في ذلك أظهر ، وإنما فرق محمد بن الحسن لأن اشتراطهما على العامل هو من جنس ما وجب عليه من المساقاة ، وهو العمل بيده . واتفق القائلون بالمساقاة على أنه إن كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل إلا ما يعمل بيده أن ذلك لا يجوز ، لأنها إجارة بما لم يخلق ، فهذه هي صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة .

(الركن الثالث) وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من أجزاء الثمر ، فأجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل في القراض ، وقد قيل إن ذلك منحة لا مساقاة ، وقيل لا يجوز . واتفقوا على أنه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة ، مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنانير ولا شيئا من الأشياء الخارجة عن المساقاة إلا الشيء اليسير عند مالك مثل سد الخطار وإصلاح الظفيرة وهي مجتمع الماء ؛ ولا يجوز عند مالك أن يساقى على حائطين : أحدهما على جزء ، والآخر على جزء آخر ، واحتج بفعله عليه الصلاة والسلام في خيبر ، وذلك أنه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد ، وفيه خلاف . وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساق في الثمر لا تكون إلا بالكيل ، وكذلك في الشركة ، وأنها لا تجوز بالخرص ؛ وأجاز قوم قسمتها بالخرص . واختلف في ذلك أصحاب مالك ، واختلفت الرواية عنه ، فقيل يجوز ، وقيل لا يجوز من الثمر في الربوية ويجوز في غير ذلك ، وقيل يجوز بإطلاق إذ

اختلفت حاجة الشريكين . وحجة الجمهور أن ذلك يدخله الفساد من جهة المزمنة ويدخله بيع الرطب بالتمر ، وبيع الطعام بالطعام نسيئة . وحجة من أجاز قسمتها بالحرص تشبيها بالعربة وبالحرص في الزكاة ، وفيه ضعف . وأقوى ما اعتمدوا عليه في ذلك ما جاء من الحرص في مساقاة خبير من مرسل سعيد ابن المسيب وعطاء بن يسار .

(الركن الرابع) وأما اشتراط الوقت في المساقاة فهو صنفان : وقت هو مشروط في جواز المساقاة ، ووقت هو شرط في صحة العقد ، وهو الخلد للمسئ . فأما الوقت المشروط في جواز عقدها فإنهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدو الصلاح . واختلفوا في جواز ذلك بعد بدو الصلاح ، فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة على أنه لا يجوز بعد الصلاح . وقال سحنون : من أصحاب مالك لا بأس بذلك . واختلف قول الشافعي في ذلك ؛ فرة قال : لا يجوز ، ومرة قال : يجوز ، وقد قيل عنه : إنها لا تجوز إذا خلق الثمر . وعمدة الجمهور أن مساقاة ما بدأ صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية إلى المساقاة إذ كان يجوز بيعه في ذلك الوقت ؛ قالوا : وإنما هي إجازة إن وقعت . وحجة من أجازها أنه إذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهي بعد بدو الصلاح أجوز ، ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لأنه يجوز بيعها ، أعنى عند الجمهور . وأما الوقت الذي هو شرط في مدة المساقاة ، فإن الجمهور على أنه لا يجوز أن يكون مجهولا : أعنى مدة غير مؤقته ، وأجاز طائفة أن يكون إلى مدة غير مؤقته منهم أهل الظاهر . وعمدة الجمهور ما يدخل في ذلك من الغرر قياسا على الإجارة ؛ وعمدة أهل الظاهر ما وقع في مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم « أقركم ما أقركم الله » وكره مالك المساقاة فيما طال من السنين ، وانقضاء السنين فيها هو بالحد لا بالأهلة . وأما هل اللفظ شرط في هذا العقد ، فاختلوا في ذلك ؛ فذهب ابن القاسم إلى أن من شرط صحتها أن لا تنعقد إلا بلفظ المساقاة ، وأنه ليس تنعقد بلفظ الإجارة ، وبه قال الشافعي ؛ وقال غيرهم : تنعقد بلفظ الإجارة ، وهو قياس قول سحنون .

القول في أحكام المساقاة الضحكة

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض عنده الذي ينقذ بالعمل لا باللفظ ، وهو عند مالك عقد موروث ، ولورثة المساقى أن يأتوا بأمين يعمل إن لم يكونوا أمناء ، وعليه العمل إن أبى الورثة من تركته ؛ وقال الشافعي إذا لم يكن له تركة سلم إلى الورثة رب المال أجرة ما عمل وفسد العقد ، وإن كانت له تركة لزمته المساقاة ؛ وقال الشافعي : تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل ؛ وقال مالك إذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له أن يساقى غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وإن يكن له شيء استؤجر من حظه من الثمر ، وإذا كان العامل لصاً أو ظالمًا لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك . وحكى عن الشافعي أنه قال : يلزمه أن يقيم غيره للعمل ؛ وقال الشافعي : إذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضي عليه من يعمل عمله ، ويجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ، ونصاهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله في الشركاء : وإذا اختلف رب المال والعامل في مقدار ما وقعت عليه المساقاة من الثمر ، فقال مالك : القول قول العامل مع يمينه إذا أتى بما يشبه ؛ وقال الشافعي : يتحالفان ويتفاحنان ، وتكون للعامل الأجرة شبهه بالبيع ؛ وأوجب مالك اليمين في حق العامل لأنه مؤتمن ، ومن أصله أن اليمين تجب على أقوى المتداعيين شبهة . وفروع هذا الباب كثيرة ، لكن التي اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هي هذه التي ذكرناها .

أحكام المساقاة الفاسدة

واتفقوا على أن المساقاة إذا وقعت على غير الوجه الذي جوزها الشرع أنها تنفسخ ما لم تفت بالعمل . واختلفوا إذا فاتت بالعمل ما إذا يجب فيها ؟ فقبل لأنها ترد إلى إجارة المثل في كل نوع من أنواع الفساد ، وهو قياس قول الشافعي قياس إحدى الروايتين عن مالك ؛ وقبل أنها ترد إلى مساقاة المثل بالإملاء ، هو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك ؛ وأما ابن القاسم فقال في بعضها :

ترد إلى مساقاة مثلها ، وفي بعض ١ : إلى إجارة المثل . واختلف التأويل عنه في ذلك ، فقيل في مذهبه إنها تردّ إلى إجارة المثل إلا في أربع مسائل فلما ترد إلى مساقاة مثلها : إحداها المساقاة في حائط فيه تمر قد أطمس . والثانية إذا اشترط المساقى على رب المال أن يعمل معه . والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة . والرابعة إذا ساقاه في حائط سنة على الثلث وسنة على النصف ؛ وقيل إن الأصل عنده في ذلك أن المساقاة إذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها من الإجارة الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبلو صلاحه ، وذلك بما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة ردّ فيها إلى أجرة المثل ، مثل أن يساقيه على أن يزيد أحدهما صاحبه دينار أو دراهم ، وذلك أن هذه الزيادة إن كانت من رب الحائط كانت إجارة فاسدة ، وإن كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل أن يخلق . وأما فساده من قبل الغرم مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد إلى مساقاة المثل ، وهذا كله استحسان جار على غير قياس . وفي المسئلة قول رابع ، وهو أنه يرد إلى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه إن كان للمساقى ، أو أقل إن كان الشرط للمساقى ، وهذا كافٍ بحسب غرضنا .

((بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما))

كتاب الشركة

والنظر في الشركة ، في أنواعها ، وفي أركانها الموجبة للصحة في الأحكام ونحن نذكر من هذه الأبواب ما اتفقوا عليه ، وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه في هذا الكتاب . والشركة بالجملة عند فقهاء الأمصار على أربعة أنواع : شركة العنان : وشركة الأبدان . وشركة المفاوضة . وشركة الوجوه . واجدة منها متفق عليها ، وهى شركة العنان ، وإن كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ ، وإن كانوا اختلفوا في بعض شروطها على ما سيأتى بعد . والثلاثة مختلف فيها ، ومختلف في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها .

القول في شركة العنان

وأركان هذه الشركة ثلاثة : الأول : محلها من الأموال . والثاني : في معرفة

قدر الربح من قدر المال المشترك فيه . والثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال .

١ (الركن الأول) فأما محل الشركة ، فتمت ما اتفقوا عليه ، ومنه ما اختلفوا فيه ؛ فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين : أعني الدنانير والدرهم ، وإن كانت في الحقيقة بيعا لاتقع فيه مناجزة ، ومن شرط البيع في الذهب وفي الدرهم المناجزة ، لكن الإجماع خصص هذا المعنى في الشركة ؛ وكذلك اتفقوا فيما أعلم على الشركة بالعرضين بكرنان بصنف واحد واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين وبالعيون المختلفة ، مثل الشركة بالدنانير من أحدهما والدرهم من الآخر ، وبالطعام الربوي إذا كان صنفا واحدا ، فههنا ثلاث مسائل :

(المسئلة الأولى) فأما إذا اشتركا في صنفين من العروض ، أو في عروض ودرهم أو دنانير ، فأجاز ذلك ابن القاسم ، وهو مذهب مالك ، وقد قيل عنه إنه كره ذلك . وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع ، وذلك أن يكون العرضان مختلفين ، كأن كل واحد منهما باع جزءا من عرضه بجزء من العرض الآخر ؛ ومالك يعتبر في العروض إذا وقعت فيها الشركة القيم ؛ والشافعي يقول : لاتعقد الشركة إلا على أثمان العروض ؛ وحكى أبو حامد أن ظاهر مذهب الشافعي يشير إلى أن الشركة مثل القراض لا تجوز إلا بالدرهم والدنانير ، قال : والقياس أن الإشاعة فيها تقوم مقام الخطأ .

(المسئلة الثانية) . وأما إن كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدرهم من عند الآخر ، أو بالطعامين المختلفين ، فاختلف في ذلك قول مالك ؛ فأجازه مرة ، ومنعه مرة ، وذلك لما يدخل الشركة بالدرهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف معا وعدم التناجز ، ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز ؛ وبالمع قال ابن القاسم ، ومن لم يعتبر هذه العلل أجازها .

(المسئلة الثالثة) . وأما الشركة بالطعام من صنف واحد ، فأجازها ابن القاسم قياسا على إجماعهم على جوازها في الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها مالك في أحد قوليه وهو المشهور بعدم المناجزة الذي يدخل فيه ، إذ

رأى أن الأصل هو أن لا يقاس على موضع الرخصة بالإجماع ؛ وقد قيل إن وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تفتقر إلى الاستواء في القيمة ، والبيع يفتقر إلى الاستواء في الكيل ، فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد إلى استواء القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد ، فكره مالك ذلك ، فهذا هو استواء القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد ، فكره مالك ذلك فهذا هو اختلافهم في جنس محل الشركة ، واختلفوا هل من شرط مال الشركة أن يختلط إما نحسا وإما حكما ، مثل أن يكونا في صندوق واحد وأبليهما مطلقة عليهما ؛ وقال الشافعي : لا تصح الشركة حتى يختلط مالهما خلطا لا يتميز به مال أحدهما من مال الآخر ؛ وقال أبو حنيفة : تصح الشركة وإن كان مال كل واحد منهما بيده . فأبو حنيفة اكتفى في انعقاد الشركة بالقول ؛ ومالك اشتراط إلى ذلك اشتراك التصرف في المال ؛ والشافعي اشتراط إلى هذين الاختلاط ؛ والفقهاء أن بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتم ، لأن النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه ، فهذا هو القول في هذا الركن وفي شروطه .

(فأما الركن الثاني) وهو وجه اقتسامهما الربح ، فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان الربح تابعا لرءوس الأموال ، أعنى إن كان أصل مال الشركة متساويين كان الربح بينهما نصفين . واختلفوا هل يجوز أن يختلف رءوس أموالهما ويستويان في الربح ؟ فقال مالك والشافعي : ذلك لا يجوز ؛ وقال أهل العراق : يجوز ذلك . وعمدة من منع ذلك أن تشبيه الربح بالخسران ، فكما أنه لو اشترط أحدهما جزءا من الخسران لم يجز كذلك إذا اشترط جزءا من الربح خارجا عن ماله وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذي بين الشريكين : أعنى أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة . وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض ، وذلك أنه لما جاز في القراض أن يكون للعامل من الربح ما اصطالحا عليه ، والعامل ليس يجعل مقابله إلا عملا فقط كان في الشركة أخرى أن يجعل للعمل جزء من المال إذا كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملا ، فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلا لفضل عمله على عمل صاحبه ، فإن الناس يتفاوتون في العمل كما يتفاوتون في غير ذلك .

(وأما الركن الثالث) الذي هو العمل ، فإنه تابع كما قلنا عند مالك للمال

فلا يعتبر بنفسه ، وهو عند أبي حنيفة يعتبر مع المال ، وأظن أن من العلماء من لا يجوز الشركة إلا أن يكون مالاها متساويين التها إلى العمل ، فإنهم يرون أن العمل في الغالب مستو فإذا لم يكن المال بينهما على التساوى كان هنالك غبن على أحدهما في العمل ، ولهذا قال ابن المنذر : أجمع العلماء على جواز الشركة التي يخرج فيها كل واحد من الشريكين ما لامثل مال صاحبه من نوعه : أعني دراهم أو دنانير ، ثم يخلطانها حتى يصيرا مالا واحدا لا يتميز . على أن يبيعا ويشتريا ما رأيا من أنواع التجارة ، وعلى أن ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين ، وما كان من خسارة فهو كذلك ، وذلك إذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه ، واشترطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافا ، والمشهور عند الجمهور أنه ليس من شرط الشركاء أن يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه .

القول في شركة المفاوضة

واختلفوا في شركة المفاوضة ؛ فاتفق مالك وأبو حنيفة بالحملة على جوازها ، وإن كانا يختلفوا في بعض شروطها ؛ وقال الشافعي : لا يجوز . ومعنى شركة المفاوضة أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره ، وذلك واقع عندهم في جميع أنواع الممتلكات . وعمدة الشافعي أن اسم الشركة إنما ينطلق على اختلاط الأموال ، فإن الأرباح فروع ، ولا يجوز أن تكون الفروع مشتركة إلا باشتراك أصولها ؛ وأما إذا اشترط كل واحد منهما ربها لصاحبه في ملك نفسه فذلك من الغرر وما لا يجوز ، وهذه صفة شركة المفاوضة . وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزءا من ماله بجزء من مال شريكه ، ثم وكل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقى في يده . والشافعي يرى أن الشركة ليست هي بيعا ووكالة . وأما أبو حنيفة فهو ههنا على أصله في أنه لا يراعى في شركة العنان إلا القدر فقط . وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة ، فإن أبا حنيفة يرى أن من شرط المفاوضة التساوى في رءوس الأموال ؛ وقال مالك : ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان ؛ وقال أبو حنيفة : لا يكون لأحدهما شيء .

إلا أن يدخل في الشركة . وعمدتهم أن أسم المفاوضات يقتضى هذين الأمرين ،
أعنى تساوى المالين وتعميم ملكهما ،

القول في شركة الأبدان

وشركة الأبدان بالجملة عند أبي حنيفة والمالكية جائزة ، ومنع منها
الشافعى . وعمدة الشافعية أن الشركة إنما تختص بالأموال لا بالأعمال ، لأن
ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم ، إذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند
صاحبه . وعمدة المالكية اشترك الغانمين في الغنية ، وهم إنما استحقوا ذلك
بالعمل . وما روى من أن ابن مسعود شارك سعدا يوم بدر ، فأصاب سعد
فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئا ، فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم عليهما .
وأیضا فان المضاربة إنما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة ؛
وللشافعى أن المفارضة خارجة عن الأصول فلا يقاس عليها ، وكذلك يشبه
أن يكون حكم الغنيمة خارجا عن الشركة ؛ ومن شرطها عند مالك اتفاق
الصنعتين والمكان ؛ وقال أبو حنيفة : تجوز مع اختلاف الصنعتين ، فاشترك
عنده الدباغ والقصار ، ولا يشتركان عند مالك . وعمدة مالك زيادة الغرر
الذى يكون عند اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان . وعمدة أبي حنيفة
جواز الشركة على العمل .

القول في شركة الوجوه

وشركة الوجوه عند مالك والشافعى باطلة ؛ وقال أبو حنيفة : جائزة . وهذه
الشركة هى الشركة على الذم من غير صنعة ولا مال . وعمدة مالك والشافعى
أن الشركة إنما تتعلق على المال أو على العمل ، وكلاهما معدومان في هذه
المسئلة . وما في ذلك من الغرر ، لأن كل واحد منهما عاوض صاحبه بنكسب
غير محذور بصناعة ، لأعمال مخصوص ؛ وأبو حنيفة يعتمد أنه عمل من الأعمال
فجاز أن تنعقد عليه الشركة .

القول في أحكام الشركة الصحيحة

وهى من العقود الجائزة لامن العقود اللازمة : أى لأحد الشريكين أن

ينفصل من الشركة متى شاء ، وهى عقد غير موروث ، ونفقتها وكسوتها من مال الشركة إذا تقاربا فى العيال ولم يخرججا عن نفقة مثلها ويجوز لأحد الشريكين أن يبيع وأن يقارض وأن يودع إذا دعت إلى ذلك ضرورة ، ولا يجوز له أن يهب شيئا من مال الشركة ، ولأن يتصرف فيه إلا تصرفا يرى أنه نظر لهما ؛ وأما من قصر فى شيء أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض ، فإنه يضمن لأنه قصر إذ لم يشهد ، وله أن يقبل الشيء المغيب فى الشراء وإقرار أحد الشريكين فى مال لمن يتهم عليه لا يجوز ، وتجوز إقالته وتوليته ، ولا يضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال التجارة باتفاق ، ولا يجوز للشريك المفاوض أن يقارض غيره إلا بإذن شريكه . ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه فى مال التجارة ، وفروع هذا الباب كثيرة .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم)

كتاب الشفعة

والنظر فى الشفعة أولا فى قسمين : القسم الأول : فى تصحيح هذا الحكم وفى أركانه . القسم الثانى : فى أحكامه .

(القسم الأول) فأما وجوب الحكم بالشفعة ، فالمسلمون متفقون عليه ، لما ورد فى ذلك من الأحاديث الثابتة ، إلا ما يتأمل على من لا يرى بيع الشقص المشاع ، وأركانها أربعة : الشافع ، والمشفوع عليه ، والمشفوع فيه ، وصفة الأخذ بالشفعة .

(الركن الأول) وهو الشافع ، ذهب مالك والشافعى وأهل المدينة إلى أن لاشفعة إلا للشريك ما لم يقاسم ؛ وقال أهل العراق : الشفعة مرتبة ، فأولى الناس بالشفعة الشريك الذى لم يقاسم ، ثم الشريك المقاسم إذا بقيت فى الطريق أو فى الصحن شركة ، ثم الجار الملاصق ؛ وقال أهل المدينة : لاشفعة للجار . ولا للشريك المقاسم . وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء ، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة ،

وحديث جابر أيضا « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم ، فلذا وقعت الحدود فلا شفعة » حرجه مسلم والترمذى وأبو داود ، وكان أحمد بن حنبل يقول : حديث معمر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أصح ما روى في الشفعة . وكان ابن معين يقول : مرسل مالك أحب إلى ، إذ كان مالك إنما رواه عن ابن شهاب موقوفا ، وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب في إسناده توهينا له ، وقد روى عن مالك في غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبي هريرة ، ووجه استدلالهم من هذا الأمر ما ذكر فيه من أنه إذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وذلك أنه إذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم ، فهي أخرى أن لا تكون واجبة للجار ، وأيضا فإن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم . وعمدة أهل العراق حديث أبي رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الجار أحق بصقبة » وهو حديث متفق عليه ، وخرج الترمذى وأبو داود عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « جار الدار أحق بدار الجار » وصححه الترمذى ومن طريق المعنى لهم أيضا أنه لما كانت الشفعة إنما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة ، وكان هذا المعنى موجودا في الجار وجب أن يلحق به ، ولأهل المدينة أن يقولوا : وجود الضرر في الشركة أعظم منه في الجوار . وبالحملة فعمدة المالكية أن الأصول تقتضى أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه ، وأن من اشترى شيئا فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص ، وقد تعارضت الآثار في هذا الباب ، فوجب أن يرجع ما شهدت له الأصول ، ولكلا القولين سلف متقدم لأهل العراق من التابعين ولأهل المدينة من الصحابة .

(الركن الثاني) وهو المشفوع فيه ، اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار والأرضين كلها ، واختلفوا فيما سوى ذلك . فتحصيل منذهب مالك أنها في ثلاثة أنواع : أحدها مقصود ، وهو العقار من الدور والخوانيت والبساتين . والثاني ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينتقل ولا يحوّل ، وذلك كالبئر ومحال النخل ، مادام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه ، وهو أن يكون الأصل الذى هو الأرض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم . والثالث ما تعلق بهذه كالثمار ، وفيها عنه خلاف ، وكذلك كراه

الأرض للزرع وكتابة المكاتب . واختلف عنه في الشفعة في الحمام والرحا ، وأما ماعدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده ، وكذلك لاشفعة عنده في الطريق ولا في عرصة الدار . واختلف عنه في أكرية الدور وفي المساقاة وفي الدين ، هل يكون الذي عليه الدين أحق به ، وكذلك الذي عليه الكتابة ، وبه قال عمر بن عبد العزيز . وروى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في الدين » وبه قال أشهب من أصحاب مالك ، وقال ابن القاسم : لاشفعة في الدين . ولم يختلفا في إيجابها في الكتابة لحزمة العتق . وفقهاء الأمصار على أن لاشفعة إلا في العقار فقط . وحكى عن قوم أن الشفعة في كل شيء ماعدا المكيل والموزون ، ولم يجوز أبو حنيفة الشفعة في البئر والفحل ، وأجازها في العرصة والطريق ، ووافق الشافعي مالكا في العرصة وفي الطريق وفي البئر ، وخالفاه جميعا في الثمار . وعمدة الجمهور في قصر الشفعة على العقار ما ورد في الحديث الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يَقْسَمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطَّرِيقُ فَلَا شُفْعَةَ » فكأنه قال : الشفعة فيما تمكن فيه القسمة ما دام لم يقسم ، وهذا استدلال بدليل الخطاب ، وقد أجمع عليه في هذا الموضع فقهاء الأمصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال به . وأما عمدة من أجازها في كل شيء فخرجوه الترمذي عن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الشريك شفع » والشفعة في كل شيء » . ولأن معنى ضرر الشركة والحوار موجود في كل شيء وإن كان في العقار أظهر ، ولما لحظ هذا مالك أجري ما يتبع العقار مجرى العقار . واستدل أبو حنيفة على منع الشفعة في البئر بما روى « لاشفعة في بئر » ومالك حمل هذا الأثر على آبار الصحاري التي تعمل في الأرض الموات ، لا التي تكون في أرض مملوكة .

(الركن الثالث) وأما المشفوع عليه فإنهم اتفقوا على أنه من انتقل إليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عند من يرى الشفعة للجار . واختلفوا فيمن انتقل إليه الملك بغير شراء ، فالمشهور عند مالك . أن الشفعة إنما تجب إذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وأرش الخنايات وغير ذلك ، وبه قال الشافعي ، وعنه رواية ثانية أنها تجب بكل ملك انتقل

بعوض أو بغير عوض ، كالمهبة لغير الثواب والصدقة ، ماعدا الميراث فإنه لاشفعة عند الجميع فيه باتفاق . وأما الحنفية فالشفعة عندهم في المبيع فقط ، وعمدة الحنفية ظاهر الأحاديث ، وذلك أن مفهومها يقتضي أنها في المبيعات بل ذلك لص فيها لا في بعضها فلا يبيع حتى يستأذن شريكه . وأما المالكية فرأت أن كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع ، ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط . وأما المهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبي حنيفة ولا الشافعي ؛ أما أبو حنيفة فلأن الشفعة عنده في المبيع ، وأما الشافعي فلأن مهبة الثواب عنده باطلة ، وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه في أن الشفعة فيها واجبة . واتفق العلماء على أن المبيع الذي بالخيار أنه إذا كان الخيار فيه للبائع أن الشفعة لا تجب حتى يجب البيع . . . واختلفوا إذا كان الخيار للمشتري ؟ فقال الشافعي والكوفيون : الشفعة واجبة عليه لأن البائع قد حصر الشقص عن ملكه وأبانه منه ، وقيل إن الشفعة غير واجبة عليه لأنه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك . واختلف في الشفعة في المساقاة ، وهي تبديل أرض بأرض ، فعن مالك في ذلك ثلاث روايات : الجواز ، والمنع ، والثالث أن تكون المناقلة بين الأشرار أو الأجانب فلم يرها في الأشرار ورآها في الأجانب .

(الركن الرابع في الأخذ بالشفعة) والنظر في هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع ، وكيم يأخذ ، ومتى يأخذ ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن إن كان حالا ، واختلفوا إذا كان البيع إلى أجل هل يأخذه الشفيع بالثمن إلى ذلك الأجل ، أو يأخذ المبيع بالثمن حالا ، وهو غير ؟ فقال مالك : يأخذه بذلك الأجل إذا كان مليا أو يأتى بضامن مليء ، وقال الشافعي : الشفيع بخير ، فإن عجل تعجلت الشفعة وإلا تتأخر إلى وقت الأجل ، وهو نحو قول الكوفيين ؛ وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد لأنها قد دخلت في ضمان الأول ، قال : ومنا من يقول تبقى في يد الذي باعها ، فإن بلغ الأجل أخذها الشفيع . والذين رأوا الشفعة في ضائر المعاوضات مما ليس ببيع ، فالعلوم عنهم أنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص إن كان العوض مما ليس يتقدر ، مثل أن يكون معطى في خلع . وإما أن يكون معطى في شيء

يقتدر ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالحملة مكبلا ولا موزونا ، فإنه يأخذ به بقيمة ذلك الشيء الذي دفع الشقص فيه ؛ وإن كان ذلك الشيء محدود القدر بالشرح أخذ ذلك الشقص بذلك القدر ، مثل أن يدفع الشقص في موضحة وجبت عليه أو منقطة ، فإنه يأخذه ببدية الموضحة أو المنقطة . وأما كم يأخذ ؟ فإن الشفيع لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر ، والشفوع عليه أيضا لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر . فأما أن الشفيع واحد والشفوع عليه واحدا فلا خلاف في أن الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع ، وأما إذا كان الشفوع عليه واحدا والشفعاء أكثر من واحد فمنهم اختلفوا من ذلك في موضعين : أحدهما في كيفية قسمة الشفوع فيه بينهم ، والثاني إذا اختلفت أسباب شركتهم هل يجب بعضهم بعضا عن الشفعة أم لا ؟ مثل أن يكون بعضهم شركاء في المال الذي ورثوه ، لأنهم أهل بهم واحد ، وبعضهم لأنهم عصبية .

(فأما المسئلة الأولى) وهي كيفية توزيع الشفوع فيه ، فإن مالكا والشافعي وجهور أهل المدينة يقولون : إن الشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم ، فمن كان نصيبه من أصل المال الثلث مثلا أخذ من الشقص بثلث الثمن ، ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع . وقال الكوفيون : هي على عدد البرعوس على السواء ، وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الأكبر وذو الحظ الأصغر . وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم ، فوجب أن يتوزع على مقدار الأصل ، أصله الأكرية في المستأجرات المشتركة والربع في شركة الأموال ؛ وأيضاً فإن الشفعة إنما هي لإزالة الضرر ، والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء ، لأنه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته ، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة . وعمدة الحنفية أن وجوب الشفعة إنما يلزم بنفس الملك فيستوفى ذلك أهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم في نفس الملك ، وربما شبهوا ذلك بالشركاء في العبد يعتق بعضهم نصيبه أنه يقوم على المعتقين على السوية : أعني حظ من لم يعتق -

(وأما المسئلة الثانية) فإن الفقهاء اختلفوا في دخول الأشرار الذين هم عصبية في الشفعة مع الأشرار الذين شركتهم من قبل السهم الواحد فقال مالك : أهل

السهم الواحد أحق بالشفعة إذا باع أحدهم من الأشرار معهم في المال من قبل التعصيب ، وأنه لا يخل ذو العصبية في الشفعة على أهل السهام المقتدرة ويخل ذوو السهام على ذوي التعصيب ، مثل أن يموت ميت فترك عقارا ترثه عنه بنتان وابنا عم ثم تباع البنت الواحدة حظها ، فإن البنت الثانية عند مالك هي التي تشفع في ذلك الحظ الذي باعته أختها فقط دون ابن العم ، وإن باع أحد ابني العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثاني ، وبهذا القول قال ابن القاسم . وقال أهل الكوفة : لا يخل ذوو السهام على العصبية ولا العصبية على ذوي السهام ، ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة ، وبه قال أشهب . وقال الشافعي في أحد قوليه : يخل ذوو السهام على العصبية والعصبية على ذوي السهام ، وهو الذي اختاره المزني ، وبه قال المغيرة من أصحاب مالك وعمدة مذهب الشافعي عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ، ولم يقصّل ذوي سهم من عصبية . ومن خصص ذوي السهام من العصبية فلائنه رأى أن الشركة مختلفة الأسباب : أعني بين ذوي السهام وبين العصبية فشبّه الشركات المختلفة الأسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذي هو المال بالقسمة بالأموال . ومن أدخل ذوي السهام على العصبية ولم يخل العصبية على ذوي السهام فهو استحسان على غير قياس ، ووجه الاستحسان أنه رأى أن ذوي السهام أقعد من العصبية ، وأما إذا كان المشفوع عليهما اثنين فأكثر فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني ، فقال ابن القاسم : إما أن يأخذ الكل أو يدع ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي : له أن يشفع على أيهما أحب ، وبه قال أشهب . فأما إذا باع رجلان شقصا من رجل ، فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني ، فإن أبا حنيفة منع ذلك ، وجوزه الشافعي . وأما إذا كان الشافعون أكثر من واحد : أعني الأشرار ، فأراد بعضهم أن يشفع وسلم له الباقي في البيوع ، فالجمهور على أن المشتري أن يشفع للشريك إما أن تشفع في الجميع أو ترك ، وأنه ليس له أن يشفع بحسب حظه إلا أن يوافقه المشتري على ذلك ، وأنه ليس له أن يبيع بالشفعة على المشتري إن لم يرض بتبعضها . وقال أصبغ من أصحاب مالك : إن كان ترك بعضهم الأخذ بالشفعة رفقا بالمشتري لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ حصته

فقط . ولا خلاف في مذهب مالك أنه إذا كان بعض الشفعاء غائبا وبعضهم حاضرا ، فأراد الحاضر أن يأخذ حصته فقط أنه ليس له ذلك ، إلا أن يأخذ الكل أو يدع ، فإذا قدم الغائب فإن شاء أخذ وإن شاء ترك . واتفقوا على أن من شرط الأخذ بالشفعة أن تكون الشركة متقلمة على البيع . واختلفوا هل من شرطها أن تكون موجودة في حال البيع ، وأن تكون ثابتة قبل البيع ؟ .

(فأما المسئلة الأولى) وهي إذا لم يكن شريكا في حال البيع ، وذلك بتصور بأن يكون يترأخى عن الأخذ بالشفعة بسبب من الأسباب التي لا يقطع له الأخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذي كان به شريكا . فروى أشهب أن قول مالك اختلف في ذلك ، فمرة قال : له الأخذ بالشفعة ، ومرة قال : ليس له ذلك ؛ واختار أشهب أنه لاشفعة له ، وهو قياس قول الشافعي والكوفيين ، لأن المقصود بالشفعة إنما هو إزالة الضرر من جهة الشركة ، وهذا ليس بشريك . وقال ابن القاسم : له الشفعة إذا كان قيامه في أثره ، لأنه يرى أن الحق الذي وجب له لم يرتفع ببيعه حظه .

(وأما المسئلة الثانية) فصورتها أن يستحق إنسان شقصا في أرض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقص مآ ، هل له أن يأخذ بالشفعة أم لا ؟ فقال قوم : له ذلك ، لأنه وجبت له الشفعة بتقديم شركته قبل البيع ، ولا فرق في ذلك كانت يده عليه أو لم تكن ؛ وقال قوم : لا تجب له الشفعة ، لأنه إنما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق ، قالوا : ألا ترى أنه لا يأخذ الغلة من المشتري ؛ فأما مالك فقال : إن طال الزمان فلا شفعة ، وإن لم يطل ففيه الشفعة ، وهو استحسان . وأما متى يأخذ وهو له الشفعة ؟ فإن الذي له الشفعة رجلان حاضر أو غائب . فأما الغائب فأجمع العلماء على أن الغائب على شفيعته ما لم يعلم ببيع شركته ؛ واختلفوا إذا علم وهو غائب ؛ فقال قوم : تسقط شفيعته ؛ وقال قوم : لا تستط ، وهو مذهب مالك ، والحجة له ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث جابر أنه قال « الجارُ أحقُّ بِشَفِيعِهِ » أو قال « بِشَفِيعَتِهِ يَنْتَظِرُ بِهَا إِذَا كَانَ غَائِبًا » وأيضا فإن الغائب في الأكثر معوق عن الأخذ بالشفعة ، فوجب عذره . وعمدة الفريق الثاني أن سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه بإسقاطها . وأما الحاضر ، فإن الفقهاء اختلفوا

في وقت وجوب الشفعة له ، فقال للشافعي وأبو حنيفة : هي واجبة له على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب ، فإن علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفعته ، إلا أن أبا حنيفة قال : إن أشهد بالأخذ لم تبطل وإن تراخى . وأما مالك فليست عنده على الفور ، بل وقت وجوبها متسع ، واختلف قوله في هذا الوقت هل هو مخلود أم لا ؟ فمرة قال : هو غير مخلود وأنها لا تنقطع أبدا إلا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييرا كثيرا بعرفته وهو حاضر عالم ساكت ، ومرة حدد هذا الوقت ، فروى عنه السنة وهو الأشهر ، وقيل أكثر من سنة ، وقد قيل عنه إن الخمسة أعوام لا تنقطع فيها الشفعة . واحتج الشافعي بما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « الشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعَقَالِ » وقد روى عن الشافعي أن أمدها ثلاثة أيام . وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على أن السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم ما لم يظهر من قرائن أحواله ما يدل على إسقاطه ، وكان هذا أشبه بأصول الشافعي ، لأن عنده أنه ليس يجب أن ينسب إلى ساكت قول قائل ، وإن اقترنت به أحوال تدل على رضاه ، ولكنه فيها أحسب اعتمد الأثر ، فهذا هو القول في أركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقي القول في الأحكام .

القسم الثاني القول في أحكام الشفعة

وهذه الأحكام كثيرة ، ولكن تذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الأمصار ، فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة ، فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يبايع ، وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز إلى أنها موروثه قياسا على الأموال وقد تقلص . سبب الخلاف في هذه المسائل في مسألة الرد بالعيب ، ومنها اختلافهم في عهدة الشفيع هل هي على المشتري أو على البائع ؟ فقال مالك والشافعي : هي على المشتري ، وقال ابن أبي ليلى : هي على البائع . وعنده مالك أن الشفعة إنما وجبت للشريك بعد حصول ملك للمشتري وصحته ، فوجب أن تكون عليه العهدة . وعنده الفريق الآخر أن الشفعة إنما وجبت للشريك بنفس البيع ، فطروها على البيع فسخ له وعقد لها . وأنجموا على أن الإقالة لا تبطل الشفعة من رأى أنها بيع ، ومن رأى أنها

نسخ : أعنى الإقالة د واختلف أصحاب مالك على مَن عهدته الشفيع في الإقالة ؟
 فقال ابن القاسم : على المشتري ؛ وقال أشهب : هو غير ذلك ومنها اختلافهم
 إذا أحدث المشتري بناء أو غرسا أو ما يشبه في الشقص قبل قيام الشفيع ، ثم
 قام الشفيع يطالب شفيعته ، فقال مالك : لاشفعة إلا أن يعطى المشتري قيمة
 ما بنى وما غرس ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة : هو متعد وللشفيع أن يعطيه
 قيمة بنائه مقلوعا أو يأخذه بنقصه د والسبب في اختلافهم تردد تصرف
 المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف
 المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في الأرض وغرس ، وذلك
 أنه وسط بينهما ، فن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ القيمة ،
 ومن غلب عليه شبه التعدى قال : له أن يأخذه بنقصه أو يعطيه قيمته منقوضا .
 ومنها اختلافهم إذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن ، فقال المشتري :
 اشتريت الشقص بكذا ، وقال الشفيع : بل اشتريته بأقل ، ولم يكن لواحد
 منهما بينة ، فقال جمهور الفقهاء : القول قول المشتري ، لأن الشفيع مدع
 والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا : القول
 قول الشفيع ، لأن المشتري قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقدارا
 من الثمن لم يعترف له به . وأما أصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسئلة ، فقال
 ابن القاسم : القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه باليمين ، فإن أتى بما لا يشبه
 فالقول قول الشفيع وقال أشهب : إذا أتى بما يشبه فالقول قول المشتري
 بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين . وحكى عن مالك أنه قال : إذا كان المشتري
 ذا سلطان يعلم بالعادة أنه يزيد في الثمن قبل قول المشتري يغير يمين وقيل
 إذا أتى المشتري بما لا يشبه رد الشفيع إلى القيمة ، وكذلك فيما أحسب إذا أتى
 كل واحد منهما بما لا يشبه . واختلفوا إذا أتى كل واحد منهما ببينة وتساوت
 العدالة فقال ابن القاسم يسقطان معا ويرجع إلى الأصل من أن القول قول
 المشتري مع يمينه . وقال أشهب : البينة بينة المشتري لأنها زادت علما .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب القسمة

والأصل في هذا الكتاب قوله - وإذا حَصَرَ القِسْمَةَ أولوا القُرْبَى - وقوله - مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيْبًا مَفْرُوضًا - وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَيْمًا دَارَ قُسِّمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَهَيَّ عَلَى قِسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ وَأَيْمًا دَارِ أَدْرَكَهَا الْإِسْلَامُ وَلَمْ تُقْسَمْ فَهَيَّ عَلَى قِسْمِ الْإِسْلَامِ » والنظر في هذا الكتاب في القاسم والمقسوم عليه والقسمة والنظر في القسمة في أبواب ، الباب الأول : في أنواع القسمة . الثاني : في تعيين محل نوع نوع من أنواعها : أعني ما يقبل القسمة وما لا يقبلها ، وصفة القسمة فيها وشروطها أعني فيما يقبل القسمة . الثالث : في معرفة أحكامها .

الباب الأول في أنواع القسمة

والنظر في القسمة ينقسم أولا إلى قسمين : قسمة رقاب الأموال . والثاني : منافع الرقاب .

(القسم الأول من هذا الباب) فأما قسمة الرقاب التي لا تكال ولا توزن ، فتقسم بالحملة إلى ثلاثة أقسام : قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مراضاة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مراضاة بغير تقويم ولا تعديل . وأما ما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن .

(القسم الثاني) وأما الرقاب ، فلأنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام : ما لا ينقل ولا يحول ، وهي الرباع والأصول . وما ينقل ويحول ، وهذان قسمان : إما غير مكيل ولا موزون ، وهو الحيوان والعروض ؛ وإما مكيل أو موزون . ففي هذا الباب ثلاثة فصول : الأول : في الرباع . والثاني : في العروض . والثالث : في المكيل والموزون .

الفصل الأول في الرباع

أ. فأما الرباع والأصول ، فيجوز أن تقسم بالراضى وبالسهم إذا عدلت

بالقيمة ، اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقا مجملا ، وإن كانوا اختلفوا في محل ذلك وشروطه . والقسمة لا تخلو أن تكون في محل واحد أو في محلّ كثيرة ، فإذا كانت في محل واحد فلا خلاف في جوازها إذا انقسمت إلى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الأجزاء بالانقسام ويجبر الشركاء على ذلك . وأما إذا انقسمت إلى مالا منفعة فيه ، فاختلف في ذلك مالك وأصحابه ، فقال مالك : إنها تقسم بينهم إذا دعا أحدهم إلى ذلك ولو لم يصر لواحد منهم إلا مالا منفعة فيه مثل قدر القدم ، وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وعمدتهم في ذلك قوله تعالى - مما قلّ منه أو كثر نصيبا مفروضا - وقال ابن القاسم : لا يقسم إلا أن يصير لكل واحد في حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلية عليه في الانتفاع من قبل القسمة ، وإن كان لا يراعى في ذلك نقصان الثمن : وقال ابن الماجشون : يقسم إذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به ، وإن كان من غير جنس المنفعة التي كانت في الاشتراك أو كانت أقل . وقال مطرف من أصحابه : إن لم يصر في حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم وإن صار في حظ بعضهم ما ينتفع به ، وفي حظ بعضهم مالا ينتفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعا إلى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير ، وقيل يجبر إن دعا صاحب النصيب القليل ، ولا يجبر إن دعا صاحب النصيب الكثير ، وقيل بعكس هذا وهو ضعيف : واختلفوا من هذا الباب فيما إذا قسم انتقلت منفعته إلى منفعة أخرى مثل الحمام ، فقال مالك : يقسم إذا طلب ذلك أحد الشريكين ، وبه قال أشهب ؛ وقال ابن القاسم : لا يقسم ، وهو قول الشافعي . فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم « لا ضررَ ولا ضرارَ » وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى - مما قلّ منه أو كثر نصيبا مفروضا - ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه « لا تعضيبة على أهل الميراث إلا ما حمل القسم » والتعضيبة : التفرقة ، يقول : لا قسمة بينهم . وأما إذا كانت الرّباع أكثر من واحد فإنها لا تخلو أيضا أن تكون من نوع واحد أو مختلفة الأنواع ، فإذا كانت متفقة الأنواع فإن فقهاء الأمصار في ذلك يختلفون ؛ فقال مالك : إذا كانت متفقة الأنواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهيمة ، وقال أبو حنيفة والشافعي : بل يقسم كل عقار على حدته ؛

معمدة مالك أنه أقل للضرر الداخلى على الشركاء من القسمة . وعمدة الفريق الثانى أن كل عقار تعينه بنفسه لأنه تتعلق به الشفعة . واختلف أصحاب مالك إذا اختلفت الأنواع المتفقة فى النفاق وإن تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال ؛ وأما إذا كانت الرباع مختلفة مثل أن يكون منها دور ومنها حوائط ومنها أرض ، فلا خلاف أنه لا يجمع فى القسمة بالسهم . ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة أن لا تنقسم مع الثمرة إذا بدا صلاحها باتفاق فى المذهب ، لأنه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤوس الثمر وذلك مزبنة . وأما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك : أما ابن القاسم فلا يميز ذلك قبل الإبرار بحال من الأحوال ، ويعتلى لذلك لأنه يؤدى إلى بيع طعام بطعام متفاضلا ، ولذلك نزع أنه لم يميز مالك شراء الثمر الذى لم يطب بالطعام لانسئته ولانقدا ؛ وأما إن كان بعد الإبرار ، فإنه لا يجوز عنده إلا بشرط أن يشترط أحدهما على الآخر أن ما وقع من الثمر فى نصيبه فهو داخل فى القسمة ، وما لم يدخل فى نصيبه فهم فيه على الشركة ، والعلة فى ذلك عنده أنه يجوز اشتراط المشتري الثمر بعد الإبرار . ولا يجوز قبل الإبرار ، فكأن أحدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التى وقعت له فى القسمة بحظه من الثمرات التى وقعت لشريكه واشترط الثمر . وصفة القسم بالقرعة أن تقسم الفريضة وتحقق وتضرب إن كان فى سهامها كسر إلى أن تصح السهام ، ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها ، ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة ، فربما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من موضع آخر على قيم الأرضين ومواضعها ، فإذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت فى بطائق أسماء الأشرار وأسماء الجهات ، فن خرج اسمه فى جهة أخذ منها ، وقيل يرمى بالأسماء فى الجهات ، فن خرج اسمه فى جهة أخذ منها ، فإن كان أكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى يتم حظه ، فهذه هى حال قرعة السهم فى الرقاب . والسهم إنما جعلها الفقهاء فى القسمة تطييبا لنفوس المتقاسمين ، وهى موجودة فى الشرع فى مواضع : منها قوله تعالى - فساھم فكان من المدحفين - وقوله - وما كنت لديھم إذ یلقون أقلامھم أيھم یكفّل مریم - ومن ذلك الأثر الثابت الذى ساء فيه « أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته ، فأسهم رسول الله صلى الله عليه

وسلم بينهم ، فأعتق ثلث ذلك الرقيق . وأما انقصة بالتراضى سواء كانـ
بعد تعديل وتقويم ، أو بغير تقويم وتعديل ، فنحوز في الرقاب المتفقة والمختلفة
لأنها بيع من البيوع ، وإنما يحرم فيها ما يحرم في البيوع .

الفصل الثاني في العروض

وأما الحيوان والعروض ، فاتفق الفقهاء على أنه لا يجوز قسمة واحد منهما
للفساد الداخل في ذلك . واختلفوا إذا تشاح الشريكان في العين الواحدة منهما ،
ولم يراضيا بالانتفاع بها على الشياح ، وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه ،
فقال مالك وأصحابه : يجبر على ذلك ، فإن أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التي
أعطى فيها أخذه ، وقال أهل الظاهر : لا يجبر ، لأن الأصول تقتضي أن
لا يخرج ملك أحد من يده إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع . وحجة مالك
أن في ترك الإيجاب ضررا ، وهذا من باب القياس المرسل ، وقد قلنا في غير
ما موضع إنه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار إلا مالك ، ولكنه
كالضرورة في بعض الأشياء . وأما إذا كانت العروض أكثر من جنس
واحد ، فاتفق العلماء على قسمتها على التراضى ؛ واختلفوا في قسمتها بالتعديل
والسهمه ، فأجازها مالك وأصحابه في الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز
ابن أبي سلمة وابن الماجشون . واختلف أصحاب مالك في تمييز الصنف الواحد
اللى تجوز فيه السهمه من التي لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه
في بعض . وأما ابن القاسم فاضطرب ، فرة أجاز انقسم بالسهمه فيما لا يجوز
تسليم بعضه في بعض ، فجعل القسمة أخف من السلم ، ورة منع القسمة فيما
منع فيه السلم ؛ وقد قيل إن مذهبه أن القسمة في ذلك أخف ، وأن مسائله
التي يظن من قبلها أن القسمة عنده أشد من السلم تقبل التأويل على أصله الثاني .
وذهب ابن حبيب إلى أنه يجمع في القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخز
والحرير والقطن والكتان . وأجاز أشهب جمع صنفين في القسمة بالسهمه مع
التراضى ، وذلك ضعيف لأن الغرر لا يجوز بالتراضى .

الفصل الثالث في معرفة أحكامها

فأما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق إلا ما حكى اللخمي ، والمكيل أيضا لا يخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فزائدا ، فإن كان صنفًا واحدًا ، فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالكيل أو الوزن إذا دعا إلى ذلك أحد الشريكين ، ولا خلاف في جواز قسمته على التراضي على التفضيل بين كان ذلك من الربوى أو من غير الربوى : أعنى الذى لا يجوز فيه التفاضل ، ويجوز ذلك بالكيل المعلوم والمجهول ، ولا يجوز قسمته جزأفا بغير كيل ولا وزن . وأما إن كانت قسمته تحريا ، فقبل لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون ، ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في جواز بيعه تحريا . وأما إن لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين ، فإن كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا تجوز قسمتها على جهة الجمع إلا بالكيل المعلوم فيما يكال ، وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يؤزن ، لأنه إذا كان بمكيال مجهول لم يدر كم يحصل فيه من الصنف الواحد إذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم ، وهذا كله على مذهب مالك ، لأن أصل مذهبه أنه يحرم التفاضل في الصنفين إذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير ، وأما إن كان مما يجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل بين المعروف بالمكيال المعروف أو الصنجة المعروفة : أعنى على جهة الجمع وإن كانا صنفين ، وهذا الجواز كاه في المذهب على جهة الرضا . وأما في واجب الحكم فلا تنقسم كل صبرة إلا على حدة ، وإذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيال المعلوم والمجهول ، فهذا كله هو حكم القسمة التى تكون في الرقاب .

القول في القسم الثانى وهو قسمة المنافع

فأما قسمة المنافع ، فإنها لا تجوز بالسهمه على مذهب ابن القاسم ، ولا يجبر عليها من أباهما ، ولا تكون القرعة على قسمة المنافع . وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يجبر على قسمة المنافع ، وقسمة المنافع هي عند الجميع بالمهاياة ، وذلك إما بالأزمان وإما بالأعيان . أما قسمة المنافع بالأزمان فهو أن ينتفع

كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه . وأما قسم الأعيان بأن يقسم الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة بمدة والرقاب باقية على أصل الشركة . وفي المذهب في قسمة المنافع بالزمان اختلاف في تحديد المدة التي تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض الاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الأرض ، وذلك أيضا فيما ينقل ويحوى ، أو لا ينقل ولا يحول . فأما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه في المدة الكثيرة ويجوز في المدة اليسيرة ، وذلك في الاغتلال والانتفاع وأما فيما لا ينقل ولا يحول ، فيجوز في المدة البعيدة والأجل البعيد ، وذلك في الاغتلال والانتفاع واختلفوا في المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول في الاغتلال فقبل اليوم الواحد ونحوه ، وقيل لا يجوز ذلك في الدابة والعبد . وأما الاستخدام فقبل يجوز في مثل الخمسة الأيام ، وقيل في الشهر وأكثر من الشهر قليلا . وأما التهاؤ في الأعيان بأن يستعمل هذا دارا مدة من الزمان ، وهذا دارا تلك المدة بعينها ، فقبل يجوز في سكنى الدار وزراعة الأرضين ، ولا يجوز ذلك في الغلة والكراء إلا في انزمان اليسير ، وقيل يجوز على قياس التهاؤ بالأزمان ، وكذلك القول في استخدام العبد والدواب يجري القول فيه على الاختلاف في قسمتها بالزمان . فهذا هو القول في أنواع القسمة في الرقاب ، وفي المنافع وفي الشروط المصححة والمنسدة . وبقي من هذا الكتاب القول في لأحكام ..

القول في الأحكام

والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها فيها إلا بالطوارئ عليها . والطوارئ ثلاثة غبن ، أو وجود عيب ، أو استحالة . فأما الغبن فلا يوجب التسخ إلا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب . إلا على قياس من يرى له تأثير في البيع ، فيلزم على مذهبه أن يؤثر في القسمة . وأما الرد بالعيب ، فإنه لا يخلو عن مذهب ابن القاسم أن يرد العيب في جل نصيبه أو في أقله ، فإن وجدته في جل نصيبه ، فإنه لا يخلو أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فات أو لم يف ، فإن كان قد فات رد الواجد للعيب . نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه ، وإن كان ..

لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة إلى أصلها ، وإن كان العيب في أقل ذلك رد ذلك الأقل على أصل الشركة فقط ، سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت ، ورجع على شريكه بنصف قيمة الزيادة ولا يرجع في شيء مما في يده وإن كان قائما بالعيب . وقال : أشهب : والذي يفيت الرد قد تقدم في كتاب البيوع . وقال عبد العزيز بن الماجشون : وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضي ، لأن التي بالتراضي هي بيع ، وأما التي بالقرعة فهي تمييز حق ، وإذا فسخت بالغبن وجب أن تفسخ بالرد بالعيب . وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب إن كان المستحق كثيرا وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما في يديه ، وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يديه ، وإن كان يسيرا رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء . وقال محمد : إذا استحق ما في يد أحدهما بطلت القسمة في قسمة القرعة ، لأنه قد تبين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون في العيب وأما إذا طرأ على المال حق فيه مثل طوارئ الدين على التركة بعد القسمة أو طرأ الوصية أو طرأ وارث ، فإن أصحاب مالك اختلفوا في ذلك . فأما إن طرأ الدين قبل في المشهور في المذهب وهو قول ابن القاسم : إن القسمة تنتقض إلا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم ، وسواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم أو لم تكن ، هلكت بأمر من السماء أو لم تهلك . وقد قيل أيضا إن القسمة إنما تنتقض بيد من بقي في يده حظه ولم تهلك بأمر من السماء ، وأما من هلك حظه بأمر من السماء فلا يرجع عليه بشيء من الدين ، ولا يرجع هو على الورثة بما بقي بأيديهم بعد أداء الدين ؛ وقيل بل تنتقض القسمة ولا بد لحق الله تعالى لقوله - من بعد أداء وصية يوصي بها أوديين - وقيل بل تنتقض إلا في حق من أعطى منه ما ينوي به من الدين ، وهكذا الحكم في طرأ الموصى له على الورثة . وأما طرأ الوارث على الشركة بعد القسمة وقبل أن يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة وأخذ من كل واحد حظه إن كان ذلك مكيلا أو موزونا وإن كان حيوانا أو عروضها انتقضت القسمة ، وهل يضمن كل واحد منهم ما تلف في يده بغير سبب منه ؟ فقيل يضمن ، وقيل لا يضمن .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الرهن

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى - وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانَ مَنِقَبَوَصَةٍ -
والنظر في هذا الكتاب في الأركان وفي الشروط وفي الأحكام ، والأركان
هي النظر في الراهن والمرهون والمرتهن والشئ الذي فيه الرهن وصفة
عقد الرهن .

(الركن الأول) فأما الراهن فلا خلاف أن من صفته أن يكون غير
محجور عليه من أهل السداد ، الوصى يرهن لمن يلي النظر عليه إذا كان ذلك
سدادا ودعت إليه الضرورة عند مالك ؛ وقال الشافعي : يرهن لمصلحة ظاهرة
ويرهن المكاتب والمأذون عند مالك . قال سحنون : فإن ارتهن في ماله أسلفه
لم يجوز ، وبه قال الشافعي . واتفق مالك والشافعي على أن المفلس لا يجوز
رهنه ؛ وقال أبو حنيفة يجوز ؛ واختلف قول مالك في الذي أحاط الدين بماله
هل يجوز رهنه ؟ أعنى هل يلزم أم لا يلزم ؟ فالمشهور عنه أنه يجوز : أعنى
قبل أن يفلس ، والخلاف آيل إلى هل المفلس محجور عليه أم لا ؟ وكل من
صح أن يكون راهنا صح أن يكون مرتهنا .

(الركن الثاني) وهو الرهن ، وقالت الشافعية : يصح بثلاثة شروط :
الأول أن يكون عينا ، فإنه لا يجوز أن يرهن الدين . الثاني أن لا يمتنع إثبات
بد الراهن المرتهن عليه كالمصحف ؛ ومالك يجوز رهن المصحف ولا يقرأ
فيه المرتهن ، والخلاف مبنى على البيع . الثالث أن تكون العين قابلة للبيع عند
حلول الأجل ؛ ويجوز عند مالك أن يرتن ما لا يحل بيعه في وقت الارتهان
كالزروع والتمر لم يبد صلاحه ولا يباع عنده في أداء الدين إلا إذا بدا صلاحه
وإن حل أجل الدين ؛ وعن الشافعي قولان في رهن الثمر الذي لم يبد صلاحه ،
ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع ؛ قال أبو حامد : والأصح
جوازه ؛ ويجوز عند مالك رهن ما لم يتعين كالدنانير والدرهم إذا طبع عليها ،
وليس من شرط الرهن أن يكون ملكا للراهن لا عند مالك ولا عند الشافعي ،

يل قد يجوز عندهما أن يكون مستعارا . وانفقوا على أن من شرطه أن يكون إقراره في يد المرتهن من قبل الراهن . واختلفوا إذا كان قبض المرتهن له بغصب ثم أقره الموصوب منه في يده رهنا ، فقال مالك : يصح أن ينقل الشيء الموصوب من ضمان الغصب إلى ضمان الرهن ، فيجعل الموصوب منه الشيء الموصوب رهنا في يد الغاصب قبل قبضه منه ؛ وقال الشافعي : لا يجوز بل يبقى على ضمان الغصب إلا أن يقبضه . واختلفوا في رهن المشاع ، فنهى أبو حنيفة وأجازته مالك والشافعي . والسبب في الخلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن .

(الركن الثالث) وهو الشيء المرهون فيه ، وأصل مذهب مالك في هذا أنه يجوز أن يؤخذ الرهن في جميع الأثمان الواقعة في جميع البيوعات إلا الصرف ورأس المال في السلم المتعلق بالذمة ، وذلك لأن الصرف من شرطه التقابض ، فلا يجوز فيه عقدة الرهن ، وكذلك رأس مال السلم وإن كان عنده دون الصرف في هذا المعنى . وقال قوم من أهل الظاهر : لا يجوز أخذ الرهن إلا في السلم خاصة : أعنى في السلم فيه ، وهؤلاء ذهبوا إلى ذلك لكون آية الرهن الواردة في الدين في المبيعات وهو السلم عندهم ، فكأنهم جعلوا هذا شرطا من شروط صحة الرهن ، لأنه قال في أول الآية - يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ - ثم قال - وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ - فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن في السلم وفي القرض وفي الغصب وفي قِيم المتلفات وفي أروش الجنائيات في الأموال ، وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كالمأومة وإلحافة . وأما قتل العمد والجراح التي يقاد منها فيخرج في جواز أخذ الرهن في الدية فيها إذا عفا الولي قولان : أحدهما أن ذلك يجوز ، وذلك على القول بأن الولي مخير في العمد بين الدية والقود . والقول الثاني أن ذلك لا يجوز ، وذلك أيضا مبنى على أن ليس للولي إلا القود فقط إذا أبى الجاني من إعطاء الدية ، ويجوز في قتل الخطأ أخذ الرهن ممن يتعين من العاقلة وذلك بعد الحول ، ويجوز في العارية التي تضمن ، ولا يجوز فيها لايضمن ، ويجوز أخذه في الإجراءات ،

ويجوز في الجعل بعد العمل ، ولا يجوز قبله ، ويجوز الرهن في المهر ، ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة ، وبالجملة فيما لا تصح فيه الكفالة . وقالت الشافعية : المرهون فيه له شرائط ثلاث : أحدها أن يكون ديناً ، فإنه لا يرهن في عين . والثاني أن يكون واجباً ، فإنه لا يرهن قبل الوجوب ، مثل أن يستتره بما يستقرضه ، ويجوز ذلك عند مالك . والثالث أن لا يكون لزومه متوقفاً أن يجب ، وأن لا يجب كالرهن في الكتابة ، وهذا المذهب قريب من مذهب مالك .

القول في الشروط

وأما شروط الرهن ، فالشروط المنطوق بها في الشرع ضربان : شروط صحة ، وشروط فساد . فأما شروط الصحة المنطوق بها في الرهن : أعني في كونه رهناً فشرطان : أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف في الجهة التي هو بها شرط وهو القبض . والثاني مختلف في اشتراطه ، فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى - فرهان مقبوضة - واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة ؟ وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال : ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ؛ ومن قال شرط تمام قال : يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الإقباض إلا أن يترأخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت ، فذهب مالك إلى أنه من شروط التمام ، وذهب أبو حنيفة والشافعي وأهل الظاهر إلى أنه من شروط الصحة . وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول - وعمدة الغير قوله تعالى - فرهان مقبوضة - وقال بعض أهل الظاهر : لا يجوز الرهن إلا أن يكون هنالك كاتب لقوله تعالى - ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضة - ولا يجوز أهل الظاهر أن يوضع الرهن على يد عدل ، وعند مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض ؛ وأنه متى عاد إلى يد الراهن بإذن المرتهن بعارية أو ودیعة أو غير ذلك ، فقد خرج من اللزوم وقال الشافعي : ليس استدامة القبض من شرط الصحة ، فالك عزم الشرط على ظاهره ، فألزم من قوله تعالى - فرهان مقبوضة - وجود القبض واستدامته . والشافعي يقول : إذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد ، فلا يحل ذلك

إعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال في البيع ، وقد كان الأولى بمن يشترط القبض في صحة العقد أن يشترط الاستدانة ، ومن لم يشترطه في الصحة أن لا يشترط الاستدانة . واتفقوا على جوازه في السفر . واختلفوا في الحضر ؛ فذهب الجمهور إلى جوازه ؛ وقال أهل الظاهر ومجاهد : لا يجوز في الحضر لظاهر قوله تعالى - وإن كنتم على سفر - الآية . وتمسك الجمهور بما ورد من « أنه صلى الله عليه وسلم رهن في الحضر » والقول في استنباط منع الرهن في الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب . وأما الشرط المحرم الممنوع بالنصر فهو أن يرهن الرجل رهنا على أنه إن جاء بحقه عند أجله وإلا فالرهن له فاتفقوا على أن هذا الشرط يوجب الفسخ ، وأنه معنى قوله عليه الصلاة والسلام « لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ » .

القول في الجزء الثالث من هذا الكتاب

وهو القول في الأحكام

وهذا الجزء ينقسم إلى معرفة ما للراهن من الحقوق في الرهن وما عليه ، وإلى معرفة ما للمرتهن في الرهن وما عليه ، وإلى معرفة اختلافهما في ذلك ، وذلك إما من نفس العقد ، وإما لأمر طارئة على الرهن ، ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار والاتفاق . أما حق المرتهن في الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه ، فإن لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه إلى السلطان ، فيبيع عليه الرهن وينصفه منه إن لم يجبه الراهن إلى البيع ، وكذلك إن كان غائبا ، وإن وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الأجل جاز ؛ وكرهه مالك إلا أن يرفع الأمر إلى السلطان . والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه وبيعضه ، أعني أنه إذا رهنه في عدد ما فأدى منه بعضه ، فإن الرهن بأسره يبقى بَعْدُ بيد المرتهن حتى يستوفى حقه وقال قوم : بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق . وحجة الجمهور أنه محبوس بحق ، فوجب أن يكون محبوسا بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤديوا الدين الذي على الميت . وحجة الفريق الثاني أن جميعه محبوس بجميعه ، فوجب أن يكون أبعاضه محبوسة بأبعاضه ، أصله الكفالة .

ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في نماء الرهن المنفصل ، مثل
الثمرة في الشجر المرهون ، ومثل الغلة ، ومثل الولد هل يدخل في الرهن أم لا ؟
فذهب قوم إلى أن نماء الرهن المنفصل لا يدخل شيء منه في الرهن : أعنى الذى
يحدث منه في يد المرتهن ، ومن قال بهذا القول الشافعى ؛ وذهب آخرون إلى
أن جميع ذلك يدخل في الرهن ، ومن قال بهذا القول أبو حنيفة والثورى ؛
وفرق مالك فقال : ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته ، فإنه
داخل في الرهن كولد الجارية مع الجارية وأما ما لم يكن على خلقته فإنه لا يدخل
في الرهن كان متولدا عنه كثمر النخل أو غير متولد ككراء الدار وخراج
الغلام . وعمدة من رأى أن نماء الرهن وغلته للراهن قوله عليه الصلاة والسلام
« الرَّهْنُ مُحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ » قالوا : ووجه الدليل من ذلك أنه لم يرد
بقوله « مركوب ومحلوب » أى يركبه الراهن ويحلبه ، لأنه كان يكون غير
مقبوض ، وذلك مناقض لكونه رهنا ، فإن الراهن من شرطه القبض ، قالوا :
ولا يصح أيضا أن يكون معناه أن المرتهن يحلبه ويركبه ، فلم يبق إلا أن يكون
المعنى في ذلك أن أجرة ظهره لربه ونفقته عليه . واستدلوا أيضا بعموم قوله
عليه الصلاة والسلام « الرَّهْنُ مِنْ رَهْنِهِ لَهُ غَنَمُهُ وَعَلَيْهِ غَرْمُهُ »
قالوا : ولأنه نماء زائد على مراضيه رهنا ، فوجب أن لا يكون له إلا بشرط
زائد . وعمدة أبي حنيفة أن الفروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الأصل ،
ولذلك حكم الولد تابع لحكم أمه في التدبير والكتابة . وأما مالك فاحتج بأن
الولد حكمه حكم أمه في البيع : أى هو تابع لها ، وفرق بين الثمر والولد في ذلك
بالسنة المفرقة في ذلك ، وذلك أن الثمر لا يتبع بيع الأصل إلا بالشرط وولد
الجارية يتبع بغير شرط . والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من
الرهن ؛ وقال قوم : إذا كان الرهن حيوانا فللمرتهن أن يحلبه ويركبه بقدر
ما يعلفه وينفق عليه ، وهو قول أحمد وإسحق ، واحتجوا بما رواه أبو هريرة
عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « الرهن محلوب ومركوب » ومن هذا
الباب اختلافهم في الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه ؟ فقال قوم : الرهن أمانة
وهو من الراهن ، والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه ،
ومن قال بهذا القول الشافعى وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث ؛ وقال

قوم : الرهن من المرتهن ومبصيته منه ، ومن قال بهذا القول أبو حنيفة وجمهور الكوفيين . والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين : فمن رأى أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته أو قيمة الدين ، وبه قال أبو حنيفة وسفيان وجماعة . ومنهم من قال : هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت ، ولأنه إن فضل للرهن شيء فوق دينه أخذه من المرتهن ، وبه قال على ابن أبي طالب وعطاء ولا يمتنع . وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار مما لا يخفى هلاكه ، وبين ما يغاب عليه من العروض ، فقالوا : هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه ، ومن قال بهذا القول مالك والأوزاعي وعثمان البتي ، إلا أن مالكاً يقول : إذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط ، فإنه لا يضمن وقال الأوزاعي وعثمان البتي : بل يضمن على كل حال قامت بيعة أو لم تقم ، ويقول مالك قال ابن القاسم « ويقول عثمان والأوزاعي قال أشهب . وعمدة من جعله أمانة غير مضمون حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يعلق الرهن وهو من رهنه له غنمه وعليه غرمه » : أى له غلته وخراجه ، وعليه افتكاكه ومبصيته منه . قالوا : وقد رضى الراهن أمانته فأشبه المودع عنده . وقال المزني من أصحاب الشافعي محتجا له : قد قال مالك ومن تابعه إن الحيوان وما ظهر هلاكه أمانة ، فوجب أن يكون كله كذلك . وقد قال أبو حنيفة : إن ما زاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو أمانة فوجب أن يكون كله أمانة ، ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله « وعليه غرمه » أى نفقته . قالوا ومعنى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « الرهن مركوب ومحلوب » أى أجرة ظهره لربه ، ونفقته عليه وأما أبو حنيفة وأصحابه فتأولوا قوله عليه الصلاة والسلام « له غنمه وعليه غرمه » أن غنمه ما فضل منه على الدين ، وغرمه ما نقص . وعمدة من رأى أنه مضمون من المرتهن أنه عين تعلق به الحق الاستيفاء ابتداء فوجب أن يسقط بتلفه ، أصله تلف المبيع عند البائع إذا أمسكه حتى يستوفى الثمن ، وهذا متفق عليه من الجمهور ، وإن كان عند مالك كالرهن ، وربما احتجوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أن رجلا ارتهن فرسا من رجل ، فنفق في يده ، فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن : ذَهَبَ حَقُّكَ » وأما تفريق مالك بين ما يغاب

عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان ، ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه . وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذى يذهب إليه مالك كثيرا ، فضعفه قوم وقالوا : إنه مثل استحسان أبى حنيفة ، وحلوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل . ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة ، وإذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل . والجمهور على أنه لا يجوز للراهن بيع الرهن ولا هبته ، وأنه إن باعه فللمرتهن الإجارة أو الفسخ . قال مالك : وإن زعم أن إجارته ليتعجل حقه يحلف على ذلك وكان له . وقال قوم : يجوز بيعه . وإذا كان الرهن غلاما أو أمة فأعتقها الراهن فعند مالك أنه إن كان الراهن موسرا جازعتقه وعجل للمرتهن حقه ، وإن كان معسرا بيعت وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعى ثلاثة أقوال : الرد ، والإجارة ، والثالث مثل قول مالك وأما اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الحق الذى وجب به الرهن ، فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك ، فقال مالك : القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق ما لم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك ، فإذا زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن . وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وجههم فقهاء الأمصار : القول في قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور أن الراهن مدعى عليه ، والمرتهن مدعى ، فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة : وعمدة مالك ههنا أن المرتهن وإن كان مدعى فله ههنا شبهة بنقل اليمين إلى حيزه ، وهو كون الرهن شاهدا له ، ومن أصوله أن يحلف أقوى المتداعيين شبهة ، وهذا لا يلزم عند الجمهور ، لأنه قد يرهن الراهن الشيء وقيمته أكثر من المهرن فيه . وأما إذا تلف الرهن واختلفوا في صفته ، فالقول ههنا عند مالك قول المرتهن لأنه مدعى عليه ، وهو مقر ببعض ما ادعى عليه وهذا على أصوله ، فإن المرتهن أيضا هو الضامن فيما يغاب عليه . وأما على أصول الشافعى ، فلا يتصور على المرتهن يمين إلا أن ينكره الراهن في إتلافه . وأما عند أبى حنيفة فالقول قول المرتهن في قيمة الرهن ، وليس يحتاج إلى صفة ، لأن عند مالك يحلف على الصفة وتقويم تلك الصفة . وإذا اختلفوا في الأمرين جميعا ، أعنى في صفة الرهن وفي مقدار الرهن كان القول قول المرتهن في صفة

الرهن ، وفي الحق ما كانت قيمته الصفة التي حلف عليها شاهدة له ، وفيه ضعف ، وهل يشهد الحق لقيمة الرهن إذا اتفقا في الحق واختلفا في قيمة الرهن ؟ في المذهب فيه قولان ، والأقيس الشهادة ، لأنه إذا شهد الرهن للدين شهد الدين للمرهون . وفروع هذا الباب كثيرة ، وفيما ذكرناه كفاية في غرضنا (بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الحجر

والنظر في هذا الكتاب في ثلاثة أبواب: الباب الأول : في أصناف المحجورين .
الثاني : متى يخرجون من الحجر ، ومتى يحجر عليهم ، وبأى شروط يخرجون .
الثالث : في معرفة أحكام أفعالهم في الرد والإجازة .

الباب الأول في أصناف المحجورين

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الأيتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى - وابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ - الآية . واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار إذا ظهر منهم تبذير لأموالهم ، فذهب مالك والشافعي وأهل المدينة وكثير من أهل العراق إلى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم ، وذلك إذا ثبت عنده سفههم وأعذر إليهم فلم يكن عندهم مدفع ، وهو رأى ابن عباس وابن الزبير . وذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق إلى أنه لا يبدأ الحجر على الكبار ، وهو قول إبراهيم وابن سيرين ، وهؤلاء انقسموا قسمين : فمنهم من قال : الحجر لا يجوز عليهم بعد البلوغ بحال وإن ظهر منهم التبذير . ومنهم من قال : إن استصحبوا التبذير من الصغر يستمر الحجر عليهم وإن ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه ، فهؤلاء لا يبدأ بالحجر عليهم . وأبو حنيفة يحد في ارتفاع الحجر وإن ظهر سفهه خمسة وعشرين عاما . وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار إنما وجب لمعنى التبذير الذي يوجد فيهم غالبا ، فوجب أن يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وإن لم يكن صغيرا ، قالوا : ولذلك اشترط في رفع الحجر عنهم

مع ارتفاع الصغر إيناس الرشد ، قال الله تعالى - فان آمنستم منهم
رشدًا فادفعوا إليهم أموالهم - فذلك هذا على أن السبب المقضى
للحجر هو السفه . وعمدة الحنفية حديث جبان بن منقذ ، إذ ذكر فيه لرسول
الله صلى الله عليه وسلم أنه يُخْلَدُ في البيوع ، فجعل له رسول الله صلى الله
عليه وسلم الخيار ثلاثا ولم يحجر عليه . وربما قالوا : الصغر هو المؤثر في منع
التصرف بالمال ، بدليل تأثيره في إسقاط التكليف ، وإنما اعتبر الصغر لأنه
الذي يوجد فيه السفه غالبا ، كما يوجد فيه نقص العقل غالبا ، ولذلك جعل
البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد ، إذ كانا يوجدان فيه غالبا ،
أعنى العقل والرشد ، وكما لم يعتبر النادر في التكليف ، أعنى أن يكون قبل
البلوغ عاقلا فيكلف ، كذلك لم يعتبر النادر في السفه ، وهو أن يكون بعد
البلوغ سفيا فيحجر عليه ، كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيدا . قالوا :
وقوله تعالى - ولا تؤتوا السفهاء أموالكم - الآية ، ليس فيها أكثر من
منعهم من أموالهم ، وذلك لا يوجب فسخ بيوعها وإبطالها .
والمحجورون عند مالك ستة : الصغير ، والسفيه ، والعبد ، والمفلس ،
والمريض ، والزوجة . وسيأتى ذكر كل واحد منهم في بابيه .

الباب الثاني

متى يخرجون من الحجر ، ومتى يحجر عليهم ، وبأى شروط يخرجون ؟
والنظر في هذا الباب في موضعين : في وقت خروج الصغار من الحجر ،
ووقت خروج السفهاء . فنقول : إن الصغار بالجملة صنفان : ذكور ،
وإناث ، وكل واحد من هؤلاء إما ذو أب ، وإما ذوروصى ، وإما مهمل ،
وهم الذين يبلغون ولا وصى لهم ولا أب . فأما الذكور الصغار ذوو الآباء
فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر إلا ببلوغ سن التكليف وإيناس الرشد
منهم ، وإن كانوا قد اختلفوا في الرشد ما هو ، وذلك لقوله تعالى - وابتلوا
اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم -
واختلفوا في الإناث ، فذهب الجمهور إلى أن حكمهن في ذلك حكم الذكور
أعنى بلوغ الحيض وإيناس الرشد ، وقال مالك : هي في ولاية أبيها في المشهور

عنه حتى تزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها ، وروى عنه مثل قول الجمهور ؛ ولأصحاب مالك في هذا أقوال غير هذه قيل إنها في ولاية أبيها حتى يمر بها سنة بعد دخول زوجها بها ، وقيل حتى يمر بها عامان ، وقيل حتى تمر بها سبعة أعوام . وحجة مالك أن إيناس الرشد لا يتصور من المرأة إلا بعد اختبار الرجال . وأما أقاويل أصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس ؛ أما مخالفتها النص ، فإنهم لم يشترطوا الرشد ؛ وأما مخالفتها للقياس ، فلأن الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه المدة المحدودة ، وإذا قلنا على قول مالك لأعلى قول الجمهور إن الاعتبار في الذكور ذوى الآباء البلوغ وإيناس الرشد ، فاختلف قول مالك إذا بلغ ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول الحال فقيل عنه إنه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور ؛ وقيل عنه إنه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه . فأما ذوو الأوصياء فلا يخرجون من الولاية في المشهور عن مالك إلا بإطلاق وصيه له من الحجر : أى يقول فيه إنه رشيد إن كان مقدما من قبل الأب بلا خلاف أو بإذن القاضي مع الوصى إن كان مقدما من غير الأب على اختلاف في ذلك . وقد قيل في وصى الأب أنه لا يقبل قوله في أنه رشيد إلا حتى يعلم رشده وقد قيل إن حاله مع الوصى كحال مع الأب يخرج من الحجر إذا آنس منه الرشد وإن لم يخرج وصيه بالإشهاد ، وإن المجهول الحال في هذا حكمه بحكم المجهول الحال ذى الأب . وأما ابن القاسم فذهب أن الولاية غير معتبر بثبوتها إذا علم الرشد ، ولا سقوطها إذا علم السفه ، وهى رواية عن مالك ، وذلك من قوله في اليتيم لافى البكر ، والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول أنعاله كلها مردودة وإن ظهر رشده حتى يخرج من الولاية ، وهو قول ضعيف ، فإن المؤثر هو الرشد لاحكم الحاكم . وأما اختلافهم في الرشد ما هو ؟ فإن مالكا يرى أن الرشد هو تمييز المال وإصلاحه فقط ، والشافعى يشترط مع هذا صلاح الدين . وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين ؟ وحال البكر مع الوصى كحال الذكر لا يخرج من الولاية إلا بالإخراج ما لم تنس على اختلاف في ذلك ، وقيل حالها مع الوصى كحالها مع الأب وهو قول ابن الماجشون . ولم يختلف قولهم إنه لا يعتبر فيها الرشد كاختلافهم في اليتيم . وأما المهمل من

الذكور فإن المشهور أن أفعاله جائزة إذا بلغ الحلم كان سفيها متصل السفه أو غير متصل السفه ، معلنا به أو غير معلن . وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله إذا وقع ، فإن كان رشدا جاز وإلا رده . فأما اليتيمة التي لا أب لها ولا وصي فإن فيها في المذهب قولين : أحدهما أن أفعالها جائزة إذا بلغت المحيض . والثاني أن أفعالها مردودة ما لم تعنس وهو المشهور .

الباب الثالث في معرفة أحكام أفعالهم في الرد والإجازة

والنظر في هذا الباب في شيئين : أحدهما ما يجوز لصنف صنف من المحجورين من الأفعال ، وإذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم في الرد والإجازة ، وكذلك أفعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم من غير أب ولا وصي ، وهؤلاء كما قلنا إما صغار وإما كبار متصلو الحجر من الصغر وإما مبتدأ حجرهم . فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف في المذهب في أنه لا يجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذن له الأب في ذلك أو الوصي ، فإن أخرج من يده شيئا بغير عوض كان موقوفا على نظره وليه إن كان له ولي ، فإن رآه رشدا أجازه وإلا أبطله ، وإن لم يكن له ولي قدم له ولي ينظر في ذلك ، وإن عمل في ذلك حتى يلى أمره كان انظر إليه في الإجازة أو الرد . واختلف إذا كان فعله سدادا ونظرا فيما كان يلزم الولي أن يفعله هل له أن ينقضه إذا آل الأمر إلى خلاف بحالة الأسواق أو نماء فيما باعه أو نقصان فيما ابتاعه ، فالمشهور أن ذلك له ، وقبل إن ذلك ليس له ، ويلزم الصغير ما أفسد في ماله مما لم يؤتمن عليه . واختلف فيما أفسد وكسر مما يؤتمن عليه ، ولا يلزمه بعد بلوغه رشده عتق ما حلف بحريته في صغره وحنث به في صغره . واختلف فيما حنث فيه في كبره وحلف به في صغره ، فالمشهور أنه لا يلزمه . وقال ابن كنانة : يلزمه ولا يلزمه فيما ادعى عليه يمين . واختلف إذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه ؟ فالمشهور أنه لا يحلف ، وروى عن مالك والليث أنه يحلف . وحال البكر ذات الأب والوصي كالذكر ما لم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها . فما السفيه البالغ ، فجمهور العلماء على أن المحجور إذا طلق زوجته أو خالها

مضى طلاقه وخلعه ، إلا ابن أبي ليلى وأبا يوسف ، وخالف ابن أبي ليلى في العتق فقال : إنه ينفذ ، وقال الجمهور : إنه لا ينفذ . وأما وصيته فلا أعلم خلافا في نفوذها ، ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شيء من المعروف إلا أن يعتق أم ولده ، فيلزمه عتقها ، وهذا كله في المذهب ، وهل يتبعها مالها ؟ فيه خلاف ، قيل يتبع ، وقيل لا يتبع ، وقيل بالفرق بين القليل والكثير . وأما ما يفعله بعوض ، فهو أيضا موقوف على نظر وليه إن كان له ولي ، فإن لم يكن له ولي قدم له ولي ، فإن رد بيعه الولي وكان قد أتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشيء ، وكذلك إن أتلف عين المبيع .

وأما أحكام أفعال المحجورين أو المهملين على مذهب مالك فإنها تنقسم إلى أربعة أحوال : فمنهم من تكون أفعاله كلها مردودة ، وإن كان فيها ما هو رشد . ومنهم ضد هذا ، وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد وإن ظهر فيها ما هو سفه . ومنهم من تكون أفعاله كلها محمولة على السفه ما لم يتبين برشده . وعكس هذا أيضا وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد حتى يتبين سفهه . فأما الذي يحكم له بالسفه وإن ظهر رشده فهو الصغير اللئيم لم يبلغ ، والبكر ذات الأب ، والوصى ما لم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس . واختلف في حده اختلافا كثيرا من دون الثلاثين إلى الستين ، والذي يحكم له بحكم الرشد وإن علم سفهه ، فمنها السفه إذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه ، ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك ، خلافا لابن القاسم الذي يعتبر نفس الرشد لانفس الولاية ، والبكر اليتيمة المهمل على مذهب سحنون . وأما الذي يحكم عليه بالسفه بحكم ما لم يظهر رشده : فالابن بعد بلوغه في حياة أبيه على المشهور في المذهب ، وحال البكر ذات الأب التي لاوصى لها إذا تزوجت ودخل بها زوجها ما لم يظهر رشدها ، وما لم تبلغ الحد المعبر في ذلك من الستين عند من يعتبر ذلك ، وكذلك اليتيمة التي لاوصى لها على مذهب من يرى أن أفعالها مردودة . وأما الحال التي يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه : فمنها حال البكر المعنن عند من يعتبر التعنيس ، أو التي دخل بها زوجها ومضى لدخوله الحد المعبر من الستين عند من يعتبر الحد ، وكذلك حال الابن ذي الأب إذا بلغ وجهته حاله على إحدى

الروائين ، والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التي لا تعتبر فيها دخوله مع زوجها . فهذه هي جمل ما في هذا الكتاب والفروع كثيرة .

(بسم الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب التغليس

والنظر في هذا الكتاب فيما هو الفلاس ، وفي أحكام الفلاس ، فنقول : إن الإفلاس في الشرع يطلق على معنيين : أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين ، فلا يكون في ماله وفاء بديونه . والثاني أن لا يكون له مال معلوم أصلا ، وفي كلا الفلاس قد اختلف العلماء في أحكامهما . فأما الحالة الأولى وهي إذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا ، فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف في ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم ، أم ليس له ذلك ؟ بل يحبس حتى يدفع لايهم جميع ماله على أى نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم ، وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال ينبي بدينه ، فأبى أن ينصف غرماءه ، هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم ، أم يحبس حتى يعطيهم بيده ما عليه ؟ فالجمهور يقولون : يبيع الحاكم ماله عليه ، فينصف منه غرماءه أو غريمه إن كان مليا ، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه ، وبه قال مالك والشافعي ، وبالقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق . وحجة مالك والشافعي حديث معاذ بن جبل « أنه كثر دينه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على أن جعله لهم من ماله ، وحديث أبي سعيد الخدري « أن رجلا أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ ، فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ » وحديث عمر في القضاء على الرجل الفلاس في حبسه وقوله فيه : أما بعد ، فإن الأسفيع « أسفيع جهنمة » رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ، وأنه إذا كان مغرضا فأصبح قدرين عليه ، فمن كان له عليه دين فليأتنا . وأيضا من طريق المعنى فإنه إذا كان المريض

محجورا عليه لمكان ورثته ، فأحرى أن يكون المدين محجورا عليه لمكان الغرماء ، وهذا القول هو الأظهر ، لأنه أعدل والله أعلم . وأما حجج الفريق الثاني الذين قالوا بالحبس حتى يعطى ما عليه أو يموت محبوسا ، فيبيح القاضي حينئذ ماله ويقسمه على الغرماء ، فنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بأحد وعليه دين ، فلما طالبه الغرماء قال جابر « فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فكلمته ، فسألهم أن يقبلوا منى حائطي ، ويحللوا ألى ، فأبوا ، فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطي قال : ولكن ساعدوا عليك » قال : فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال : فجلدتها فقضيت منها حقوقهم ، وبقي من ثمرها بقية » وبما روى أيضا أنه مات أسيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم ، فدعا عمر بن الخطاب غرماءه ، فقبلهم أرضه أربع سنين مما لهم عليه . قالوا : فهذه الآثار كلها ليس فيها أنه بيع أصل في دين قالوا : يدل على حبسه قوله صلى الله عليه وسلم « كى الواجد يحل عريضه وعقوبته » قالوا : العقوبة هي حبسه . وربما شبهوا استحقاق أصول العقار عليه باستحقاق إجازته ، وإذا قلنا إن المفلس محجور عليه ، فالنظر فيما ذا يحجر عليه ، وبأى ديون تكون المحاصة في ماله وفي أى شيء من ماله تكون المحاصة ؟ وكيف تكون ؟ فأما المفلس فله حالان : حال في وقت المفلس قبل الحجر عليه ، وحال بعد الحجر . فأما قبل الحجر فلا يجوز له إتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض إذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجرى العادة بفعله ، وإنما اشترط إذا كان مما لا يلزمه ، لأن له أن يفعل ما يلزم بالشرع وإن لم يكن بعوض كنفقته على الآباء المعسرين أو الأبناء ، وإنما قيل مما لم تجر العادة بفعله ، لأن له إتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالأضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة ، وكذلك تراعى العادة في إنفاقه في عوض كالزوج والنفقة على الزوجة ، ويجوز بيعه وابتاعه ما لم تكن فيه محاباة ، وكذلك يجوز لإقراره بالدين لمن لا يهتم عليه . واختلف ول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه . وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا : هو قبل الحكم كسائر الناس ، وإنما ذهب الجمهور لهذا لأن الأصل هو جواز الأفعال حتى يقع الحجر ، ومالك كأنه اعتبر المعنى

نفسه ، وهو إحاطة الدين بماله لكن لم يعتبره في كل حال ، لأنه يجوز بيعه وشراؤه إذا لم يكن فيه محاباة ، ولا يجوز للمحجور عليه . وأما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء ، لا يجوز إقراره بدين في ذمته لقريب ولا بعيد ، قيل إلا أن يكون لواحد منهم بيعة ، وقيل يجوز لمن يعلم منه إليه تقاض . واختلف في إقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال في المذهب : بالجواز ، والمنع ، والثالث بالفرق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعة ببينة أو لا تكون ، فقيل إن كانت صدق وإن لم تكن لم يصدق . واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أم لا ؟ فذهب مالك إلى أن التفليس في ذلك كال موت ، وذهب غيره إلى خلاف ذلك ، وجمهور العلماء على أن الديون تحل بالموت . قال ابن شهاب : مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات . وحجبتهم أن الله تبارك وتعالى لم يبيع التوارث إلا بعد قضاء الدين ، فالورثة في ذلك بين أحد أمرين : إما أن لا يريدوا أن يؤخروا حقوقهم في الموارث إلى محل أجل الدين فيأزم أن يجعل الدين حالا ، وإما أن يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون فتكون الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لافي ذمهم ، بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت ، لأنه كان في ذمة الميت ، وذلك يحسن في حق ذي الدين . ولذلك رأى بعضهم أنه إن رضى الغرماء بتحملة في ذمهم أقيمت الديون إلى أجلها ، ومن قال بهذا القول ابن إسيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الأمصار ، لكن لا يشبهه الفلاس في هذا المعنى الموت كل الشبه ، وإن كانت كلا اللمتين قد خربت فإن ذمة المفلس يرجى المال لها بخلاف ذمة الميت . وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فإن ذلك يرجع إلى الجحش والقدر . أما ما كان قد ذهب عين العوض الذي استوجب من قبله الغريم على المفلس فإن دينه في ذمة المفلس . وأما إذا كان عين العوض باقيا بعينه لم يفت إلا أنه لم يقبض ثمنه ، فاختلقت في ذلك فقهاء الأمصار على أربعة أقوال : الأول أن صاحب السلعة أحق بها على كل حال إلا أن يتركها ويختار الخاصة ، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور . والقول الثاني ينظر إلى قيمة السلعة يوم الحكم

بالتفليس فإن كانت أقل من الثمن خیر صاحب السلعة بین أن يأخذها أو يخاصم
الغرماء ، وإن كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعيها ، وبه قال مالك
وأصحابه . والقول الثالث تقوم السلعة بین التفليس ، فإن كانت قيمتها مساوية
لثمن أو أقل منه قضى له بها : أعنى للبائع ، وإن كانت أكثر دفع إليه مقدار
ثمنه ويتحصن في الباقي ، وبهذا القول قال جماعة من أهل الأثر . والقول
الرابع أنه أسوة الغرماء فيها على كل حال ، وهو قول أبي حنيفة وأهل الكوفة
والأصل في هذه المسئلة ما ثبت من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال « أُيِّمًا رَجُلٌ أَفْلَسَ فَأَذْرَكَ الرَّجُلُ مَالَهُ بَيْعِيْنِهِ فَهَوَّ
أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ » وهذا الحديث خرجه مالك والبخارى ومسلم ،
والفاظهم متقاربة ، وهذا اللفظ لمالك ؛ فمن هؤلاء من خله على عومه وهو
الفريق الأول ؛ ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا : إن معقوله إنما هو الرفق
بصاحب السلعة لتكون سلعته باقية ، وأكثر ما في ذلك أن يأخذ الثمن الذي
باعها به ، فلما أن يعطى في هذه الحال الذي اشترك فيها مع الغرماء أكثر من
ثمنها فذلك مخالف لأصول الشرع ، وبخاصة إذا كان للغرماء أخذها بالثمن .
كما قال مالك . وأما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بحملته لخالفته للأصول
التواترة على طريقتهم في رد الخبر الواحد إذا خالف الأصول المتواترة
لكون خبر الواحد مظنوناً ، والأصول يقينية مقطوع بها ، كما قال عمر
في حديث فاطمة بنت قيس : ما كنا لنندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث
امرأة . ورواه عن علي أنه قضى بالسلعة للمفلس ، وهو رأى ابن سيرين
ولإبراهيم من التابعين . وربما احتجوا بأن حديث أبي هريرة مختلف فيه ، وذلك
أن الزهري روى عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال « أُيِّمًا رَجُلٌ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَوَجَدَ بَعْضُ
غُرَمَائِهِ مَالَهُ بَيْعِيْنِهِ فَهَوَّ أُسْوَةَ الْغُرَمَاءِ » وهذا الحديث أولى لأنه
موافق للأصول الثابتة . قالوا : وللجمع بين الحديثين وجه ، وهو حمل ذلك
الحديث على الودعة والعارية ، إلا أن الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد
في لفظ حديث أبي هريرة في بعض الروايات من ذكر البيع ، وهذا كله
عند الجميع بعد قبض المشتري السلعة ، فأما قبل القبض فالعلماء متفقون أهل
الحجاز وأهل العراق أن صاحب السلعة أحق بها لأنها في ضمانه ، واختلف

القاتلون بهذا الحديث إذا قبض البائع بعض الثمن ، فقال مالك : إن شاء أن يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلها ، وإن شاء حاص الغرماء فيما بقي من سلعته ؛ وقال الشافعي : بل يأخذ ما بقي من سلعته بما بقي من الثمن ؛ وقالت جماعة من أهل العلم داود وإسحق وأحمد : إن قبض من الثمن شيئا فهو أسوة الغرماء . وحجتهم ما روى مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَيْمًا رَجُلٌ بَاعَ مَتَاعًا فَأَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَهُ وَلَمْ يَتَقَبَّضْ الَّذِي بَاعَهُ شَيْئًا فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَإِنْ مَاتَ الَّذِي ابْتَاعَهُ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَسْوَةُ الْغُرَمَاءِ » وهو حديث وإن أرسله مالك فقد أسنده عبد الرزاق ، وقد روى من طريق الزهري عن أبي هريرة فيه زيادة بيان ، وهو قوله فيه « فإن كان قبض من ثمنه شيئا فهو أسوة الغرماء » ذكره أبو عبيد في كتابه في الفقه وخرجه . وحجة الشافعي أن كل السلعة أو بعضها في الحكم واحد ، ولم يختلفوا أنه إذا فوت المشتري بعضها أن البائع أحق بالمقدار الذي أدرك من سلعته ، إلا عطاء فإنه قال : إذا فوت المشتري بعضها كان البائع أسوة الغرماء : واختلف الشافعي ومالك في الموت هل حكمه حكم الفلاس أم لا ؟ فقال مالك : هو في الموت أسوة الغرماء ، بخلاف الفلاس ؛ وقال الشافعي : الأمر في ذلك واحد . وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبي بكر وهو نص في ذلك وأيضا من جهة النظر إن فرقا بين النعمة في الفلاس والموت ، وذلك أن الفلاس ممكن أن تثرى حاله فيتبعه غرماءه بما بقي عليه وذلك غير متصور في الموت . وأما الشافعي فعمدته ما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَيْمًا رَجُلٌ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِهِ » فسوى في هذه الرواية بين الموت والفلاس . قال : وحديث ابن أبي ذئب أولى من حديث ابن شهاب ، لأن حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ، ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه لمالكه إلا بعد أداء ما عليه ، فأشبه مال الفلاس ؛ وقياس مالك أقوى من قياس الشافعي ، وترجيح حديثه على حديث ابن أبي ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى ، وذلك أن ما وافق من الأحاديث

المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه : أعنى أن القياس الموافق لحديث الشافعى هو قياس شبهه ، والموافق لتحديث مالك قياس معنى ، ومرسل مالك خرج به عبد الرزاق . فسبب الخلاف تعارض الآثار فى هذا المعنى والمقاييس ، وأيضاً فإن الأصل يشهد لقول مالك فى الموت ، أعنى أن من باع شيئاً فليس يرجع إليه فمالك رحمه الله أقوى فى هذه المسئلة ، والشافعى إنما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند المرسل عنده لا يجب العمل به . واختلف مالك والشافعى فىمن وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضاً يغرسها أو عرصه يبنها ، فقال مالك : العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء . وقال الشافعى : بل ينجر البائع بين أن يعطى قيمة ما أحدث المشتري فى سلعته ويأخذها ، أو أن يأخذ أصل السلعة ويحاص الغرماء فى الزيادة ، وما يكون فوتاً مما لا يكون فوتاً فى مذهب مالك منصوص فى كتبه المشهورة . وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم به أحق من سائر الغرماء فى الموت والفلس ، أو فى الفلس دون الموت أن الأشياء المبعة بالدين تنقسم فى التفليس ثلاثة أقسام : عرض يتعين ، وعين تختلف فيه هل يتعين فيه أم لا ؟ وعمل لا يتعين . فأما العرض فإن كان فى يد بائعه لم يسلمه حتى أفلس المشتري ، فهو أحق به فى الموت والفلس ، وهذا ما لا خلاف فيه ، وإن كان قد دفعه إلى المشتري ثم أفلس وهو قائم بيده فهو أحق به من الغرماء فى الفلس دون الموت ، ولهم عنده أن يأخذوا سلعته بالثمن بوقال الشافعى : ليس لهم ، وقال أشهب : لا يأخذونها إلا بزيادة يحطونها عن المفلس ؛ وقال ابن الماجشون : إن شاءوا كان الثمن من أموالهم أو من مال الغريم ؛ وقال ابن كنانة : بل يكون من أموالهم وأما العين فهو أحق بها فى الموت أيضاً ، والفلس ما كان بيده . واختلف إذا دفعه إلى بائعه فيه ففلس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه ، ففلس لأنه أحق به كالعروض فى الفلس دون الموت وهو قول ابن القاسم ، وقيل إنه لا سبيل له عليه ، وهو أسوة الغرماء ، وهو قول أشهب ، والقولان جاريان على الاختلاف فى تعيين العين ، وأما إن لم يعرف بعينه فهو أسوة الغرماء فى الموت والفلس ، وأما تعمل الذى لا يتعين فإن أفلس المستأجر قيل أن يستوفى عمل الأجير كان الأجير أحق بما عمله

في الموت والفلس جميعا ، كالسلة إذا كانت بيد البائع في وقت الفلس ، وإن كان فلسه بعد أن استوفى عمل الأجير ، فالأجير أسوة الغرماء بأجرته التي شارطه عليها في الفلس والموت جميعا على أظهر الأقوال ، إلا أن تكون بيده السلة التي استؤجر على عملها ، فيكون أحق بذلك في الموت والفلس جميعا ، لأنه كالرهن بيده ، فإن أسلمه كان أسوة الغرماء بعمله ، إلا أن يكون له فيه شيء أخرجه فيكون أحق به في الفلس دون الموت ، وكذلك الأمر عنده في فلس مكترى الدواب إن استكرى أحق بما عليه من المتاع في الموت والفلس جميعا ، وكذلك مكترى السفينة ، وهذا كله شبه مالك بالرهن ، وبالجملة فلا خلاف في مذهبه أن البائع أحق بما في يديه في الموت والفلس ، وأحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده في الفلس دون الموت ، وأنه أسوة الغرماء في سلعته إذا فاتت ، وعندما يشبه حال الأجير عند أصحاب مالك ، وبالجملة البائع منفعة بالبائع الرقبة ، فورة يشبهون المنفعة التي عمل بالسلة التي لم يقبضها المشتري فيقولون : هو أحق بها في الموت والفلس ، ومرة يشبهونه بالتى خرجت من يده ولم يمت فيقولون : هو أحق بها في الفلس دون الموت ، ومرة يشبهون ذلك بالموت الذي فاتت فيه فيقولون : هو أسوة الغرماء ، ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقى حائط فسقاه حتى أثمر الحائط ، ثم أفلس المستأجر فإنهم قالوا فيه الثلاثة الأقوال . وتشبيه بيع المنافع في هذا الباب ببيع الرقاب هو شيء . فيما أحسب - انفرد به مالك دون فقهاء الأمصار ، وهو ضعيف لأن قياس الشيء المأخوذ من الموضع المفارق للأصول يضعف ، ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ، ولكن انقذ هنالك قياس علة ، فهو أقوى ، ولعل المالكية تدعى وجود هذا المعنى في القياس ، لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر .

ومن هذا الباب اختلافهم في العبد . المفلس المأذون له في التجارة هل يتبع بالدين في رقبته أم لا ؟ فذهب مالك وأهل الحجاز إلى أنه إنما يتبع بما في يده لاني رقبته ، ثم إن أعتق بما بقى عليه ورأى قوم أنه يباع ، ورأى قوم أن الغرماء يخبرون بين بيعه وبين أن يسعى فيما بقى عليه من الدين ، وبه قال شريح ، وقالت طائفة : بل يلزم سيده ما عليه وإن لم يشترطه ، فالدين لم يروا

بيع رقبته قالوا : إنما عامل الناس على ما في يده فأشبهه الحر ، والذين رأوا
 بيعه شبهوا ذلك بالجنانيات التي ينجى ، وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما
 عليه من الدين فلمنهم شبهوا ماله بمال السيد إذ كان له انتزاعه . فسبب الخلاف
 هـ . تعارض أقيسة الشبه في هذه المسئلة ، ومن هذا المعنى إذا أفلس العبد والمولى
 معا بأى يبدأ ، هل يدين العبد ، أم يدين المولى ؟ فالجمهور يقولون : يدين
 العبد ، لأن الذين دابنوا العبد إنما فعلوا ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال ،
 والذين دابنوا المولى لم يعتدوا بمال العبد ، ومن رأى البدء بالمولى قال : لأن
 مال العبد هو في الحقيقة للمولى . فسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن يكون
 حكمه حكم مال الأجنبي أو حكم مال السيد . وأما قدر ما يترك للمفلس من
 ماله فقيل في المذهب : يترك له ما يعيش به هو وأهله وولده الصغار الأيام ؛
 وقال في الواضحة والعنينة : الشهر ونحوه ، ويترك له كسوة مثله ؛ وتوقف
 مالك في كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بعوض مقبوض ، وهو الانتفاع
 بها أو بغير عوض ؛ وقال سحنون لا يترك له كسوة زوجته ؛ وروى ابن نافع
 عن مالك أنه لا يترك له إلا ما يواريه ، وبه قال ابن كنانة . واختلفوا في بيع
 كتب العلم عليه على قولين : وهذا مبنى على كراهية بيع كتب الفقه أو
 لا كراهية ذلك .

وأما معرفة الديون التي يحاص بها من الديون التي لا يحاص بها على مذهب
 مالك فإنها تنقسم أولاً إلى قسمين : أحدهما أن تكون واجبة عن عوض .
 والثاني أن تكون واجبة من غير عوض . فأما الواجبة عن عوض ، فإنها
 تنقسم إلى عوض مقبوض وإلى عوض غير مقبوض ، فأما ما كانت عن
 عرض مقبوض ، وسواء كانت مالا أو أرش جنانية ، فلا خلاف في المذهب
 أن محاسبة الغرماء بها واجبة . وأما ما كان عن عوض غير مقبوض ، فإن
 ذلك ينقسم خمسة أقسام : أحدها أن لا يمكنه دفع العوض بحال كنفقة
 الزوجات لما يأتي من المدة ، والثاني أن لا يمكنه دفع العوض ، ولكن
 يمكنه دفع ما يستوفي فيه ، مثل أن يكتري الرجل الدار بالنقد ، أو يكون
 العرف فيه النقد ، ففلس المكتري قبل أن يسكن أو بعد ما سكن بعض
 السكنى وقبل أن يدفع الكراء . والثالث أن يكون دفع العوض يمكنه وطرحه

كرأس مال السلم إذا أفلس المسلم إليه قبل دفع رأس المال . والرابع أن يمكنه دفع العوض ، لا يلزمه مثل السلعة إذا باعها ففلس المبتاع قبل أن يدفعها إليه البائع . والخامس أن لا يكون إليه تعجيل دفع العوض ، مثل أن يسلم الرجل إلى الرجل دنانير في عروض إلى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم . فأما الذى لا يمكنه دفع العوض بحال فلا محاصة في ذلك إلا في مهور الزوجات إذا فلس الزوج قبل الدخول . وأما الذى لا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستوفى منه ، مثل المكترى يفلس قبل دفع الكراء ، فقبل للمكترى المحاصة بجميع الثمن وإسلام الدار للغرماء ، وقيل ليس له إلا المحاصة بما سكن ويأخذ داره ، وإن كان لم يسكن فليس له إلا أخذ داره . وأما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه وهو إذا كان العوض عينا ، فقيل يخص به الغرماء في الواجب له بالعوض ويدفعه ، فقيل هو أحق به وعلى هذا لا يلزمه دفع العوض . وأما ما يمكنه دفع العوض ولا يلزمه فهو بالخيار بين المحاصة والإمساك ، وذلك هو إذا كان العوض عينا . وأما إذا لم يكن إليه تعجيل العوض مثل أن يفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال ، وقبل أن يحل أجل السلم ، فإن رضى المسلم إليه أن يعجل العروض ويحاصص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز إن رضى بذلك الغرماء ، فإن أبى ذلك أحد الغرماء حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيها وجد للغريم من مال وفي العروض التى عليه إذا حلت لأنها من مال المفلس ، وإن شاءوا أن يبيعوها بالنقد ويتحاصوا فيها كان ذلك لهم . وأما ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فإن ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات والصدقات فلا محاصة فيها . وأما ما كان منها واجبا بالشرع كنفقة الآباء والأبناء ، ففيها قولان : أحدهما أن المحاصة لا تجب بها ، وهو قول ابن القاسم . والثانى أنها تجب بها إذا لزمتم بحكم من السلطان ، وهو قول أشهب . وأما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاصص ، فإن الحكم في ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء ، وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد أو من أجناس مختلفة ، إذ كان لا يقتضى في الديون إلا ما هو من جنس الدين إلا أن يتفقا من ذلك على شيء يجوز . واختلفوا من هذا الباب في فرع طارئ ، وهو إذا

هناك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء : ممن مصيبته ؟ فقال
 أشهب : مصيبته من الفليس ، وقال ابن الماجشون : مصيبته من الغرماء
 إذا وقفه السلطان . وقال ابن القاسم : ما يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغريم لأنه
 إنما يباع على ملكه ، وما لا يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغرماء مثل أن يكون
 المال عينا والدين عينا ، كلهم روى قوله عن مالك . وفرق أصبغ بين الموت
 والفليس فقال : المصيبة في الموت من الغرماء ، وفي الفليس من الفليس . فهذا
 هو للقول في أصول أحكام الفليس الذي له من المال ما لا يني بدينونه ،
 وأما الفليس الذي لا مال له أصلا ، فإن فقهاء الأمصار مجمعون على أن العلم
 له تأثير في إسقاط الدين إلى وقت ميسرته ، إلا ما حكى عن عمر بن عبد العزيز
 أن لهم أن يؤجروه ، وقال به أحمد من فقهاء الأمصار ، وكلهم مجمعون على
 أن المدين إذا ادعى الفليس ولم يعلم صدقه أنه يحبس حتى يتبين صدقه أو يقر له
 بذلك صاحب الدين ، فإذا كان ذلك نخل سبيله . وحكى عن أبي حنيفة أن
 لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار ، وإنما صار الكل إلى القول بالحبس
 في الدين ، وإن كان لم يأت في ذلك أثر صحيح ، لأن ذلك أمر ضروري
 في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض ، وهذا دليل على القول بالقياس
 الذي يقتضى المصلحة ، وهو الذي يسمى بالقياس المرسل . وقد روى أن
 النبي عليه الصلاة والسلام حبس رجلا في تهمة ، خرج فيه أحسب أبو داود
 والمحجورون عند مالك : السفهاء والفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق
 الثلث لأنه يرى أن للزوج حقا في المال ، وخالفه في ذلك الأكثر . وهذا
 القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الكتاب .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الصلح

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى - وَالصُّلْحُ خَيْرٌ - وما روى عن
 النبي عليه الصلاة والسلام مرفوعا وموقوفا على عمر « إِمْتِصَاءُ الصُّلْحِ جَائِزٌ
 بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا » واتفق
 المسلمون على جوازه على الإقرار ، واختلفوا في جوازه على الإنكار ، فقال

مالك وأبو حنيفة : يجوز على الإنكار ؛ وقال الشافعي : لا يجوز على الإنكار لأنه من أكل المال بالباطل من غير عوض ؛ والمالكية تقول فيه عوض ، وهو سقوط الخضومة واندفاع اليمين عنه ، ولا خلاف في مذهب مالك أن الصلح الذي يقع على الإقرار يراعى في صحته ما يراعى في البيوع ، فيفسد بما تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته ، وهذا هو مثل أن يدعى إنسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الإقرار بدنانير نسيئة ، وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا والغرر . وأما الصلح على الإنكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى فيه من الصحة ما يراعى في البيوع ، مثل أن يدعى إنسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة ، فهذا لا يجوز عند مالك وأصحابه ؛ وقال أصبغ : هو جائز ، لأن المكروه فيه من الطرف الواحد ، وهو من جهة الطالب لأنه يعترف أنه أخذ دنائير نسيئة في دراهم حلت له . وأما الدافع فيقول : هي هبة مني . وأما إن ارتفع المكروه من الطرفين ، مثل أن يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنائير أو دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ، ثم يضطلحان على أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبلكه إلى أجل ، فهذا عندهم هو مكروه ، أما كراهيته فمخافة أن يكون كل واحد منهما صادقا ، فيكون كل واحد منهما قد أنظر صاحبه لإنظار الآخر إياه فيدخله أسلفني وأسلفك . وأما وجه جوازه فلأن كل واحد منهما إنما يقول ما فعلت إنما هو تبرج مني ، وما كان يجب على شيء ، وهذا النحو من البيوع قيل إنه يجوز إذا وقع ، وقال ابن الماجشون يفسخ إذا وقع عليه أثر عقده ، فإن طال مضى ، فالصلح الذي يقع فيه مما لا يجوز في البيوع هو في مذهب مالك على ثلاثة أقسام : صلح يفسخ باتفاق ، وصلح يفسخ باختلاف ، وصلح لا يفسخ باتفاق إن طال وإن لم يطل فيه اختلاف .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الكفالة

واختلف العلماء في نوعها وفي وقتها ، وفي الحكم اللازم عنها ، وفي شروطها ، وفي صفة لزومها ، وفي محلها . ولها أسماء : كفالة ، وحالة ، وضمانة ، وزعامة . فأما أنواعها فنوعان : حالة بالنفس ، وحالة بالمال . أما الحالة بالمال فتأخذ بالسنّة ومجمع عليها من الصدر الأول ومن فقهاء الأمصار . وحكى عن قوم أنها ليست لازمة تشبيها بالعدة وهو شاذ . والسنّة التي صار إليها الجمهور في ذلك هو قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » . وأما الحماية بالنفس وهي التي تعرف بضمان الوجه ، فجمهور فقهاء الأمصار على جواز وقوعها شرعا إذا كانت بسبب المال . وحكى عن الشافعي في الجديد أنها لا تجوز ، وبه قال داود ، وحجتهما قوله تعالى - مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِنْدَهُ - ولأنها كفالة بنفس فأنشبت الكفالة في الخلود . وحجة من أجازها عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » وتعلقوا بأن في ذلك مصلحة ، وأنه مروي عن الصدر الأول وأما الحكم اللازم عنها ، فجمهور القائلين بحالة النفس متفقون على أن المتحمل عنه إذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شيء ، وحكى عن بعضهم لزوم ذلك . ففرق ابن القاسم بين أن يموت الرجل حاضرا أو غائبا فقال : إن مات حاضرا لم يلزم الكفيل شيء ، وإن مات غائبا نظر ، فإن كانت المسافة التي بين البلدين مسافة يمكن الحمل فيها إحضاره في الأجل المضروب له في إحضاره ، وبذلك في نحو اليومين إلى الثلاثة ففرض غرم وإلا لم يغرم . واختلفوا إذا غاب المتحمل عنه ما حكم الحمل بالوجه على ثلاثة أقوال : القول الأول : أنه يلزمه أن يحضره أو يغرم ، وهو قول مالك وأصحابه وأهل المدينة . والقول الثاني : إنه يجبس الحمل إلى أن يأتي به أو يعلم موته ، وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق . والقول الثالث : إنه ليس عليه إلا أن يأتي به إذا علم موضعه ، ومعنى ذلك أن لا يكلف إحضاره إلا مع العلم بالقدرة على إحضاره ، فإن ادعى الطالب معرفة موضعه على الحمل ، وأنكر الحمل

كلف الطالب بيان ذلك . قالوا : ولا يحبس الحميل إلا إذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع ، فيكلف حينئذ إحضاره ، وهذا القول حكاه أبو عبيد القاسم ابن سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس واختاره . وعمدة مالك أن المتحمل بالوجه غارم لصاحب الحق فوجب عليه الغرم إذا غاب ، وربما احتج لهم بما روى عن ابن عباس « أن رجلا سأل غريمه أن يؤدي إليه ماله أو يعطيه حميلا ، فلم يقدر حتى حاكمه إلى النبي عليه الصلاة والسلام ، فتحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أدى المال إليه » قالوا : فهذا غرم في الحماله المطلقة . وأما أهل العراق فقالوا : إنما يجب عليه إحضار ما تحمل به وهو النفس ، فليس يجب أن يعلى ذلك إلى المال إلا لو شرطه على نفسه ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » فإنما عليه أن يحضره أو يحبس فيه ، فكما أنه إذا ضمن المال فإنما عليه أن يحضر المال أو يحبس فيه ، كذلك الأمر في ضمان الوجه . وعمدة الفريق الثالث أنه إنما يلزمه إحضاره إذا كان إحضاره له مما يمكن ، وحينئذ يحبس إذا لم يحضره ، وأما إذا علم أن إحضاره له غير ممكن فليس يجب عليه إحضاره كما أنه إذا مات ليس عليه إحضاره . قالوا : ومن ضمن الوجه فأغرم المال فهو أحرى أن يكون مغرورا من أن يكون غارا . فأما إذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك : إن المال لا يلزمه ، ولا خلاف في هذا فيما أحسب ، لأنه كان يكون قد ألزم ضد ما اشترط ، فهذا هو حكم ضمان الوجه . وأما حكم ضمان المال فإن الفقهاء متفقون على أنه إذا عديم المضمون أو غاب أن الضامن غارم . واختلفوا إذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موثر ، فقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحق : للطالب أن يأخذ من شاء من الكفيل أو المكفول ، وقال مالك في أحد قوليه : ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه . وله قول آخر مثل قول الجمهور . وقال أبو ثور : الحماله والكفالة واحدة ، ومن ضمن عن رجل مالا لزمه وبرئ المضمون ، ولا يجوز أن يكون مالا ولحد على اثنين ، وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة . ومن الحجة لما رأيت أن الطالب يجوز له مطالبة الضامن كأن المضمون عنه غائبا أو جاضرا ، غنية

أو عديما حديث قبيصة بن المخارقى قال « تحملت حمالة فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عنها ، فقال : « تُخْرِجُهَا عَنْكَ مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَةِ يَا قَبِيصَةَ إِنَّ الْمَسْئَلَةَ لَا تَحِلُّ إِلَّا فِي ثَلَاثٍ ، وَذَكَرَ رَجُلًا تَحْمِلُ حَمَالَةً رَجُلٌ حَتَّى يُؤْذِيَهَا » ووجه الدليل من هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح المسئلة للمتحمل دون اعتبار حال التحمل عنه . وأما محل الكفالة فهي الأموال عند جمهور أهل العلم لقوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » أعنى كفالة المال وكفالة الوجه ، وسواء تعلقت الأموال من قبل أموال أو من قبل حدود مثل المال الواجب في قتل الخطأ أو الصلح في قتل العمد أو السرقة التي ليس يتعلق بها قطع وهي ما دون النصاب أو من غير ذلك . وروى عن أبي حنيفة إجازة الكفالة في الحدود والقصاص ، أو في القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتي : أعنى كفالة النفس : وأما وقت وجوب الكفالة بالمال أعنى مطالبته بالكفيل ، فأجمع العلماء على أن ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول إما بإقرار وإما ببينة . وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه ، فاختلّفوا هل تلزم قبل إثبات الحق أم لا ؟ فقال قوم : إنها لا تلزم قبل إثبات الحق بوجه من الوجوه ، وهو قول شريح القاضي والشعبي ، وبه قال سحنون من أصحاب مالك : وقال قوم : بل يجب أخذ الكفيل بالوجه على إثبات الحق ، وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك ؟ ، وإلى كم من المدة يلزم ؟ فقال قول : إن أتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه أن يعطي ضامنا بوجهه حتى يلوح حقه وإلا لم يلزمه الكفيل إلا أن يذكر بيئته حاضرة في المصر فيعطيه حميلا من الخمسة الأيام إلى الجمعة ، وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك ، وقال أهل العراق : لا يؤخذ عليهم حميل قبل ثبوت الحق إلا أن يدعى بيئته حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم ، إلا أنهم حدوا ذلك بالثلاثة الأيام يقولون إنه إن أتى بشبهة لزمه أن يعطيته حميلا حتى يثبت دعواه أو تبطل ، وقد أنكروا الفرق في ذلك والفرق بين الذي يدعى البيئته الحاضرة والغائبة ، وقالوا : لا يؤخذ حميل على أحد إلا ببينة ، وذلك إلى بيان صدق دعواه أو إبطالها . وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك ، فإنه إذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن أن يغيب بوجهه فيعنت طالبه ، وإذا أخذ عليه لم يؤمن أن تكون

الدعوى باطلة فيعنت المطلوب ، ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة
 وبالعائبة . وروى عن عراك بن مالك قال « أقبل نفر من الأعراب معهم ظهر
 فصحبهم رجلا ن فباتا معهم ، فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من إبلهم ،
 فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأحد الرجلين : اذْهَبْ واطْلُبْ وحبس
 الآخر ، فجاء بما ذهب ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأحد الرجلين :
 اسْتَغْفِرْ لِي ، فقال : غفر الله لك ، قال : وَأَنْتَ فَغَفَرَ اللَّهُ لَكَ وَتَمَتَّلَكَ
 فِي سَبِيلِهِ » خرج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه بالفقه قال : وحمله بغض
 العلماء على أن ذلك كان من رسول الله حبسا قال : ولا يعجبني ذلك ، لأنه
 لا يجب الحبس بمجرد الدعوى ، وإنما هو عندى من باب الكفالة بالحق الذى
 لم يجب إذا كانت هنالك شبهة لمكان صحتها لهم . فأما أصناف المضمونين
 فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لاختلافهم فى ضمان الميت إذا كان
 عليه دين ولم يترك وفاء بدينه ، فأجازه مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة :
 لا يجوز . واستدل أبو حنيفة من قبل أن الضمان لا يتعلق بمعلوم قطعا ، وليس
 كذلك المفلس . واستدل من رأى أن الضمان يلزمه بما روى أن النبى عليه
 الصلاة والسلام كان فى صدر الإسلام لا يصلى على من مات وعليه دين حتى
 يضمن عنه . والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ، ولا يصح
 عند أبي حنيفة . وأما شروط الكفالة فإن أبا حنيفة والشافعى يشترطان فى وجوب
 رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان بإذنه ، ومالك
 لا يشترط ذلك ، ولا تجوز عند الشافعى كفالة المجهول ولا الحق الذى لم يجب
 بعد ، وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه . وأما ما تجوز فيه الحماله بالمال
 مما لا تجوز ، فلأنها لا تجوز عند مالك بكل مال ثابت فى النمة إلا الكتابة وما
 لا يجوز فيه التأخير ، وما يستحق شيئا فشيئا مثل النفقات على الأزواج ،
 وما شاكلها .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الحوالة

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين ، لقوله عليه الصلاة والسلام «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ وَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى غَنِيٍّ فَلْيَسْتَحِلَّ» ، والنظر في شروطها وفي حكمها ، فمن الشروط اختلافهم في اعتبار رضا الحال والمحال عليه ، فمن الناس من اعتبر رضا الحال ولم يعتبر رضا الحال عليه ، وهو مالك ؛ ومن الناس من اعتبر رضاها معا ؛ من الناس من لم يعتبر رضا الحال واعتبر رضا الحال عليه ، وهو نقيض مذهب مالك ، وبه قال داود ، فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا الصنفين ، ومن أنزل الحال عليه من الحال حنزلته من الحيل لم يعتبر رضاه معه كما لا يعتبره مع الحيل إذا طلب منه حقه ولم يحل عليه أحدا . وأما داود فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « إِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَيْلٍ فَلْيَسْتَبِعْ » والأمر على الوجوب ، وبقي الحال عليه على الأصل ، وهو اشتراط اعتبار رضاه ، ومن الشروط التي اتفق عليها في الجملة كون ما على الحال عليه مجانسا لما على الحيل قدرا ووصفا ، إلا أن منهم من أجازها في الذهب والدرهم فقط ومنعها في الطعام ، والذين منعوها في ذلك رأوا أنها من باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ، لأنه باع الطعام الذي كان له على غريمه بالطعام الذي كان عليه ، وذلك قبل أن يستوفيه من غريمه ؛ وأجاز ذلك مالك إذا كان الطعامان كلاهما من قرض إذا كان دين الحال حالا . وأما إن كان أحدهما من سلم فإنه لا يجوز إلا أن يكون الدينان حالين ؛ وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك إذا كان الدين الحال به حالا ؛ ولم يفرق بين ذلك الشافعي ، لأنه كالبيع في ضمان المستقرض وإنما رخص مالك في القرض لأنه يجوز عنده بيع القرض قبل أن يستوفى . وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدرهم وجعلها خارجة عن الأصول كمخروج الحوالة بالدرهم ، والمسئلة مبنية على أن ما شذ عن الأصول

هل يقاس عليه أم لا ؟ والمسئلة مشهورة في أصول الفقه ، وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط : أحدها أن يكون دين المحال حالا ، لأنه إن لم يكن حالا كان ديننا بلدين ، والثاني أن يكون الدين الذي يحمله به مثل الذي يحمله عايه في انقدر والصفة ، لأنه إذا اختلفا في أحدهما كان بيعا ولم يكن حوالة ، فخرج من باب الرخصة إلى باب البيع ، وإذا خرج إلى باب البيع دخله الدين بالدين . والشرط الثالث أن لا يكون الدين طعاما من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم ، وإذا كان الطعامان جميعا من سلم فلا تجوز الحوالة بأحدهما على الآخر حلت الآجال أو لم تحل ، أو حل أحدهما ولم يحل الآخر ، لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى كما قلنا ، لكن أشهب يقول إن استوت رؤوس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية ؛ وابن القاسم لا يقول ذلك كالحال إذا اختلفت ويتنزل المحال في الدين الذي أحيل عليه منزلة من أحاله ، ومنزلة في الدين الذي أحاله به ، وذلك فيما يريد أن يأخذ بذله منه أو يبيعه له من غيره ، أعنى أنه لا يجوز له من ذلك إلا ما يجوز له مع الذي أحاله وما يجوز للذي أحال مع الذي أحاله عليه ، ومثال ذلك إن احتال بطعام كان له من قرض في طعام من سلم أو بطعام من سلم في طعام من قرض لم يجوز له أن يبيعه من غيره قبل قبضه منه ، لأنه إن كان احتال بطعام كان من قرض في طعام من سلم نزل منزلة المحيل في أنه لا يجوز له بيع ما على غريمه قبل أن يستوفيه لكونه طعاما من بيع ، وإن كان احتال بطعام من سلم في طعام من قرض نزل من المحتال عليه منزلة مع من أحاله ، أعنى أنه ما كان يجوز له أن يبيع الطعام الذي كان على غريمه المحيل له قبل أن يستوفيه ، كذلك لا يجوز أن يبيع الطعام الذي أحيل عليه وإن كان من قرض ، وهذا كله مذهب مالك ، وأدلة هذه الفروق ضعيفة . وأما أحكامها فإن جمهور العلماء على أن الحوالة ضد الحماله ، في أنه إذا أفلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشيء ؛ قال مالك وأصحابه : إلا أن يكون المحيل غره فأحاله على عديم ؛ وقال أبو حنيفة : يرجع صاحب الدين على المحيل إذا مات المحال عليه مفلسا أو جحد الحوالة وإن لم تكن له بينة ، وبه قال شريح وعثمان البتي وجماعة . وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للحماله .

« بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الوكالة

وفيه ثلاثة أبواب : الباب الأول : فى أركانها ، وهى النظر فيما فيه التوكيل ، وفى الموكل . والثانى فى أحكام الوكالة . والثالث : فى مخالفة الموكل للتوكيل .

الباب الاول فى أركانها

وهى النظر فيما فيه التوكيل ، وفى الموكل ، وفى الموكل

(الركن الأول : فى الموكل) واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لأموال أنفسهم ، واختلفوا فى وكالة الحاضر الذكر الصحيح ، فقال مالك : تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر ، وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة إلا أن تكون برزة . فمن رأى أن الأصل لا ينبغى فعل الغير عن فعل الغير إلا ما دعت إليه الضرورة وانعقد الإجماع عليه قال : لا تجوز نيابة من اختلف فى نيابته ؛ ومن رأى أن الأصل هو الجواز قال : الوكالة فى كل شىء بجائزة إلا فيما أجمع على أنه لا تصح فيه من العبادات وما جرى مجراها .

(الركن الثانى : فى التوكيل) وشروط التوكيل أن لا يكون ممنوعا بالشرع من تصرفه فى الشىء الذى وكل فيه ، فلا يصح توكيل الصبى ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعى على عقد النكاح . أما عند الشافعى فلا بمباشرة ولا بواسطة : أى بأن توكل هى من يلى عقد النكاح ، ويجوز عند مالك بواسطة الذكر .

(الركن الثالث : فيما فيه التوكيل) وشرط محل التوكيل أن يكون قابلا للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعة والمساقاة والطلاق والنكاح والخلع بالصلح . ولا تجوز فى العبادات البدنية ، وتجوز فى المالية كالصدقة والزكاة والحج ، وتجوز عند

مالك في الخصومة على الإقرار والإنكار ؛ وقال الشافعي في أحد قوليهِ : لا تجوز على الإقرار ، وشبه ذلك بالشهادة والأيمان ، وتجاوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك وعند الشافعي مع الحضور قولان : والذين قالوا إن الوكالة تجوز على الإقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الإقرار أم لا ؟ فقال مالك : لا يتضمن ، وقال أبو حنيفة : يتضمن . (الركن الرابع) وأما الوكالة فهي عقد يلزم بالإيجاب والقبول كسائر العقود ، وليست هي من العقود اللازمة بل الجائزة على ما نقوله في أحكام هذا العقد ، وهي ضربان عند مالك عامة وخاصة ، فالعامة هي التي تقع عنده بالتوكيل العام الذي لا يسمى فيه شيء دون شيء وذلك أنه إن سمي عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض ؛ وقال الشافعي : لا تجوز الوكالة بالتعميم وهي غرر ، وإنما يجوز منها ما سمي وحدد ونص عليه ، وهو الأقيس إذ كان الأصل فيها المنع ، إلا ما وقع عليه الإجماع .

الباب الثاني في الأحكام

وأما الأحكام : فمنها أحكام العقد ، ومنها أحكام فعل الوكيل . فأما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع ، لكن أبو حنيفة يشترط في ذلك حضور الموكل ، وللموكل أن يعزله متى شاء قالوا : إلا أن تكون وكالة في خصومة . وقال أصبغ : له ذلك ما لم يشرف على تمام الحكم ، وليس للوكيل أن يعزل نفسه في الموضع الذي لا يجوز أن يعزله الموكل ، وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة : ذلك من شروطه ؛ وكذلك ليس من شرط إثباتها عند الحاكم حضوره عند مالك . وقال الشافعي : من شرطه . واختلف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين ، فإذا قلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل فتي يكون الوكيل معزولا ، والوكالة منفسخة في حق من عامله في المذهب فيه ثلاثة أقوال : الأول أنها تنفسخ في حق الجميع بالموت والعزل . والثاني أنها تنفسخ في حق كل واحد منهم بالعلم ، فن علم انفسخت في حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ في حقه . والثالث أنها تنفسخ في حق من عادل الوكيل

يعلم الوكيل وإن لم يعلم هو ، ولا تنفسخ في حق الوكيل بعلم الذي عامله إذا لم يعلم الوكيل ، ولكن من دفع إليه شيئاً بعد العلم بعزله ضمنه ، لأنه دفع إلى من يعلم أنه ليس بوكيل .

وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة : أحدها إذا وكل على بيع شيء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه ؟ فقال مالك : يجوز ، وقد قيل عنه : لا يجوز ؛ وقال الشافعي : لا يجوز ، وكذلك عند مالك الأب والوصي . ومنها إذا وكله في البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك أن يبيع إلا بثمن مثله نقداً بنقد البلد ، ولا يجوز إن باع نسيئة ، أو بغير نقد البلد ، أو بغير ثمن المثل ، وكذلك الأمر عنده في الشراء ؛ وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء لمعين فقال : يجوز في البيع أن يبيع بغير ثمن المثل ، وأن يبيع نسيئة ، ولم يجز إذا وكله في شراء عبد بعينه أن يشتريه إلا بثمن المثل نقداً ، ويشبه أن يكون أبو حنيفة إنما فرق بين الوكالة على شراء شيء بعينه ، لأن من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشيء بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة يراها في ذلك كله ، كذلك حكم الوكيل إذ قد أنزله منزله ، وقول الجمهور أبين ، وكل ما يعتدى فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه تعدى ، وإذا اشترى الوكيل شيئاً وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل إلى الموكل ؛ وقال أبو حنيفة : إلى الوكيل أولاً ثم إلى الموكل ، وإذا دفع الوكيل ديناً عن الموكل ولم يشهد فأنكر الذي له الدين . القبض ضمن الوكيل .

الباب الثالث في مخالفة الموكل للوكيل

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل ، فقد يكون في ضياع المال الذي استقر عند الوكيل ، وقد يكون في دفعه إلى الموكل ، وقد يكون في مقدار الثمن الذي باع به أو اشترى إذا أمره بثمن محلود ، وقد يكون في الثمنون ، وقد يكون في تعيين من أمره بالدفع إليه ، وقد يكون في دعوى التعدى . فإذا اختلفا في ضياع المال فقال الوكيل ضاع مني ، وقال الموكل لم يضع ، فالقول قول الوكيل إن كان لم يقبضه بيينة ، فإن كان المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم بإقرار الوكيل عند مالك وغرم

ثانية ، وهل يرجع الغريم على الوكيل ؟ فيه خلاف ، وإن كان قد قبضه بيينة برئ ولم يلزم الوكيل شيء . وأما إذا اختلفا في الدفع فقال الوكيل دفعته إليك ، وقال الموكل : لا ، ف قيل القول قول الوكيل . وقيل القول قول الموكل . وقيل إن تباعد ذلك فالقول قول الوكيل . وأمر اختلافهم في مقدار الثمن الذي به أمره بالشراء ؛ فقال ابن القاسم : إن لم تفت السلعة فالقول قول المشتري ، وإن فاتت فالقول قول الوكيل ، وقيل يتحالفان وينفسخ البيع ويراجعان وإن فاتت بالقيمة وإن كان اختلافهم في مقدار الثمن الذي أمره به في البيع ؛ فعند ابن القاسم أن القول فيه قول الموكل ، لأنه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة في الشراء . وأما إذا اختلفا فيمن أمره بالدفع ففي المذهب فيه قولان : المشهور أن القول قول المأمور ، وقيل القول قول الأمر : وأما إذا فعل الوكيل فعلا هو تعد وزعم أن الموكل أمره ، فالمشهور أن القول قول الموكل ، وقد قيل إن القول قول الوكيل إنه قد أمره لأنه قد ائتمنه على الفعل .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب اللقطة

والنظر في اللقطة في جملتين : الجملة الأولى : في أركانها : والثانية : في أحكامها .

(الجملة الأولى) والأركان ثلاثة : الالتقاط ، والملتقط ، واللقطة : فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو فضل أم الترك ؟ فقال أبو حنيفة : الأفضل الالتقاط ، لأنه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك وجماعة بكراهية الالتقاط ، وروى عن ابن عمر وابن عباس ، وبه قال أحد ، وذلك لأمرين : أحدهما ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « ضَالَّةُ الْمُؤْمِنِ حَرَقُ النَّارِ » ولما يخاف أيضا من التقصير في القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدي عليها ، وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا : أراد بذلك الانتفاع بها لأحدهما للتعريف ؛ وقال قوم : بل لقطها واجب . وقد قيل إن هذا الاختلاف إذا كانت اللقطة

بين قوم مأمونين والإمام عادل . قالوا : وإن كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والإمام عادل فواجب التقاطها . وإن كانت بين قوم مأمونين والإمام جائر فالأفضل أن لا يلتقطها . وإن كانت بين قوم غير مأمونين والإمام غير عادل فهو نجير بحسب ما يغلب على ظنه من سلامتها أكثر من أحد الطرفين ، وهذا كله ما عدا لقطة الحاج ، فإن العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز انتقاطها لهنبيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك ، ولقطة مكة أيضا لا يجوز التقاطها إلا لمنشد لورود النص في ذلك ، والمروى في ذلك لفظان : أحدهما أنه لا ترفع لقطتها إلا لمنشد . الثاني لا يرفع لقطتها إلا لمنشد ، فالمعنى الواحد أنها لا ترفع إلا لمن ينشد ، والمعنى الثاني لا يلتقطها إلا لمن ينشد ، ليعرف الناس . وقال مالك : تعرف هاتان اللقتان أبدا . فأما الملتقط فهو كل حر مسلم بالغ لأنها ولاية ، واختلف عن الشافعي في جواز التقاط الكافر . قال أبو حامد : هو الأصح جواز ذلك في دار الإسلام . قال : وفي أهلية العبد والفاسق له قولان : فوجه المنع عدم أهلية الولاية ، ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة . وأما اللقطة بالجملة فلأنها كل مال لمسلم معرض للضياع كان ذلك في عامر الأرض أو غامرها ، والجماد والحيوان في ذلك سواء إلا الإبل باتفاق . هو الأصل في اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهني ، وهو متفق على صحته أنه قال « جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة ، فقال : اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً » ، فإن جاء صاحبها وإلا فَشَأْنُكَ بِهَا ، قال : فضالة الغنم يا رسول الله ؟ قال : هي لك أو لأخيك أو للذئب ، قال : فضالة الإبل : قال : مالك ولحمًا معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يأكفها ربها » وهذا الحديث يتضمن معرفته ما يلتقط مما لا يلتقط ، ومعرفته حكم ما يلتقط كيف يكون في العام وبعده وبماذا يستحقها مدعيها . فأما الإبل فاتفقوا على أنها لا تلتقط ، واتفقوا على الغنم أنها تلتقط ، وترددوا في البقر ، والنص عن الشافعي أنها كالإبل ، وعن مالك أنها كالغنم ، وعنه خلاف .

(الحملة الثانية) وأما حكم التعريف ، فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة ما لم تكن من الغنم . واختلفوا في حكمها بعد السنة ، فاتفق

فقهاء الأمصار مالك والثوري والأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور إذا انقضت كان له أن يأكلها إن كان فقيرا ، أو يتصدق بها إن كان غنيا ، فإن جاء صاحبها كان خيرا بين أن يجيز الصدقة فينزل على ثوبها أو يضمه إليها . واختلفوا في الغنى هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد الحول ؟ فقال مالك والشافعي : له ذلك ؛ وقال أبو حنيفة : ليس له أن يأكلها أو يتصدق بها ؛ وروى مثل قوله عن علي وابن عباس وجماعة من التابعين ؛ وقال الأوزاعي : إن كان مالا كثيرا جعله في بيت المال ؛ وروى مثل قول مالك والشافعي عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة . وكلهم متفقون على أنه إن أكلها ضلها لصاحبها إلا أهل الظاهر . واستدل مالك والشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام « فشأنك بها » ولم يفرق بين غنى وفقير . ومن الحججة لهما ما رواه البخاري والترمذي عن سويد بن غفلة قال « لقيت أويس بن كعب فقال : وجدت صرة فيها مائة دينار ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : عَرَضْتُهَا حَوْلًا ، فعَرَضْتُهَا فَلَمْ أَجِدْ ، ثُمَّ أَتَيْتُهُ ثَلَاثًا فَقَالَ : احْفَظْ وَعَاءَهَا وَوَكَّاءَهَا فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَاسْتَمْسِكْ بِهَا » وخرج الترمذي وأبو داود « فاستنقفتها » . فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لأصل الشرع ، وهو أنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه ، فن غلب هذا الأصل على ظاهر الحديث ، وهو قوله بعد التعريف « فشأنك بها » قال : لا يجوز فيها تصرف إلا بالصدقة فقط على أن يضمن إن لم يجز صاحب اللقطة الصدقة ؛ ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الأصل ورأى أنه مستثنى منه قال : تحل له بعد العام وهي مال من ماله لا يضمنها إن جاء صاحبها ، ومن توسط قال : يتصرف بعد العام فيها وإن كانت عينا على جهة الضمان . وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعأها ، فاتفقوا على أنها لا تدفع إليه إذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء ، واختلفوا إذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك إلى بيعة أم لا ؟ فقال مالك : يستحق بالعلامة ولا يحتاج إلى بيعة ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يستحق إلا ببيعة . وسبب الخلاف معارضة الأصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث ؛ فن غلب الأصل قال : لا بد من البيعة ؛ ومن غلب ظاهر الحديث قال : لا يحتاج إلى بيعة . وإنما اشترط

الشهادة في ذلك الشافعي وأبو حنيفة لأن قوله عليه الصلاة والسلام « اعرف عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فشتأنتك بها » يحتتمل أن يكون إنما أمره بمعرفة العفاص والوكاء لئلا تختلط عنده بغيرها ، ويحتتمل أن يكون إنما أمره بذلك ليدفعها لمصاحبها بالعفاص والوكاء ، فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع إلى الأصل ، فإن الأصول لا تعارض بالاحتمالات المخالفة لها إلا أن تصح الزيادة التي نذكرها بعد ؛ وعند مالك وأصحابه أن على صاحب اللقطة أن يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد ، قالوا : وذلك موجود في بعض روايات الحديث ولفظه « فإن جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها إليه » قالوا : ولكن لا يضره الجهل بالعدد إذا عرف العفاص والوكاء ، وكذلك إن زاد فيه . واختلفوا إن نقص من العدد على قولين ، وكذلك اختلفوا إذا جهل الصفة وجاء بالعفاص والوكاء . وأما إذا غلط فيها فلا شيء له . وأما إذا عرف إحدى علامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الأخرى فقليل إنه لا شيء له إلا بمعرفةتهما جميعا ، وقيل يدفع إليه بعد الاستبراء ، وقيل إن ادعى الجهالة استبرأ ، وإن غلط لم تدفع إليه . واختلف المذهب إذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع إليه بيمين أو بغير يمين ؟ فقال ابن القاسم بغير يمين : وقال أشهب : بيمين : وأما ضالة الغنم ، فإن العلماء اتفقوا على أن لو وجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد من العمران أن يأكلها لقوله عليه الصلاة والسلام في الشاة « هي لك أو لأخيك أو للذئب » واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ؟ فقال جمهور العلماء إنه يضمن قيمتها ، وقال مالك في أشهر الأقاويل عنه : إنه لا يضمن . وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للأصل المعلوم من الشريعة ، إلا أن مالكا هنا غلب الظاهر فجري على حكم الظاهر ، ولم يجوز كذلك التصرف فيما وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ وهنا ؛ وعنه رواية أخرى أنه يضمن ، وكذلك كل طعام لا يبقى إذا خشي عليه التلف إن تركه . وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه في ذلك أنها على ثلاثة أقسام : قسم يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن تركه ، كالعين والعروض . وقسم لا يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن ترك كالشاة في القفر ، والطعام الذي يسرع إليه الفساد : وقسم لا يخشى عليه التلف .

فأما القسم الأول ، وهو ما يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف فإنه ينقسم
 ثلاثة أقسام : أحدها أن يكون يسيرا لا بال له ولا قدر لقيمته ويعلم أن صاحبه
 لا يطلبه لتفاهته ، فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده . والأصل في ذلك
 ما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمر في الطريق فقال : لَوْلَا
 أَنْ تَكُونُ مِنْ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتُهَا » ولم يذكر فيها تعريفا ، وهذا مثل
 العصا والسوط ، وإن كان أشبه قد استحسّن تعريف ذلك . والثاني أن يكون
 يسيرا إلا أن له قدر ومنفعة ، فهذا لا اختلاف في المذهب في تعريفه . واختلفوا
 في قدر ما يعرف ، فقل سنة ، وقيل أياما . وأما الثالث فهو أن يكون كثيرا
 أو له قدر ، فهذا لا اختلاف في وجوب تعريفه حولا . وأما القسم الثاني وهو
 ما لا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف ، فإن هذا يأكله كان غنيا أو فقيرا ،
 وهل يضمن ؟ فيه روايتان كما قلنا الأشهر أن لاضمان . واختلفوا إن وجد
 ما يسرع إليه الفساد في الحاضرة فقل لاضمان عليه ، وقيل عليه الضمان ، وقيل
 بالفرق بين أن يتصدق به فلا يضمن ، أو يأكله فيضمن . وأما القسم الثالث
 فهو كالإبل ، أعنى أن الاختيار عنده فيه الترك للنص الوارد في ذلك ، فإن
 أخذها وجب تعريفها ، والاختيار تركها ؛ وقيل في المذهب هو عام في جميع
 الأزمنة ؛ وقيل إنما هو في زمان العدل ، وأن الأفضل في زمان غير العدل
 التقاطها . وأما ضمانها في الذي تعرف فيه ، فإن العلماء اتفقوا على أن من
 التقطها وأشهد على التقاطها فهلك عندده أنه غير ضامن ، واختلفوا إذا لم
 يشهد ، فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن : لاضمان عليه إن
 لم يضيع وإن لم يشهد ؛ وقال أبو حنيفة وزفر : يضمنها إن هلك ولم يشهد .
 استدلل مالك والشافعي بأن اللقطة ودیعة فلا ينقلها ترك الإشهاد من الأمانة إلى
 الضمان ، قالوا : وهي ودیعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره أنه
 قال : إن جاء صاحبها وإلا فلتكن ودیعة عندك . واستدل أبو حنيفة وزفر
 بحديث مطرف بن الشخير عن عياض بن حمار قال : قال رسول الله صلى الله
 عليه وسلم « مَنْ التَّقَطَّ لِقْطَةً فَلَمْ يَشْهَدْ ذَوِي عَدَلٍ عَنْهَا وَلَا
 يَكْتُمُ وَلَا يُعْنِتُ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا ، وَإِلَّا فَهُوَ
 مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » . ونحصل المذهب في ذلك أن واجد اللقطة

عند مالك لا يخلو التقاطه لها من ثلاثة أوجه : أحدها أن يأخذها على جهة الاغتيال لها : والثاني أن يأخذها على جهة الالتقاط : والثالث أن يأخذها لأعلى جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال ، فإن أخذها على جهة الالتقاط فهي أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها ، فإن ردها بعد أن التقطها فقال ابن القاسم : يضمن ؛ وقال أشهب : لا يضمن إذا ردها في موضعها ، فإن ردها في غير موضعها ضمن كالوديعة ، والقول قوله في تلفها دون يمين إلا أن يتهم . وأما إذا قبضها مغتالا لها فهو ضامن لها ، ولكن لا يعرف هذا الوجه إلا من قبله . وأما الوجه الثالث فهو مثل أن يجد ثوبا فيأخذه ، وهو يظنه لقوم بين يديه ليسألهم عنه ، فهذا إن لم يعرفوه ولا ادعوه كان له أن يرده حيث وجدته ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك . وتعلق بهذا الباب مسألة اختلف العلماء فيها ، وهو العبد يستهلك اللقطة ، فقال مالك : إنها في رقبته إما أن يسلمه سيده فيها ، وإما أن يفديه بقيمتها ، هذا إذا كان استهلاكه قبل الحول ، فإن استهلكها بعد الحول كانت ديناً عليه ولم تكن في رقبته ؛ وقال الشافعي : إن علم بذلك السيد فهو الضامن ، وإن لم يعلم بها السيد كانت في رقبته العبد . واختلفوا هل يرجع الملتقط بما أنفق على اللقطة على صاحبها أم لا ؟ فقال الجمهور : ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلا يرجع بشيء من ذلك على صاحب اللقطة . وقال الكوفيون : لا يرجع بما أنفق إلا أن تكون النفقة عن إذن الحاكم ، وهذه المسئلة هي من أحكام الالتقاط ، وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الباب .

باب في اللقيط

والنظر في أحكام الالتقاط وفي الملتقط واللقيط وفي أحكامه

وقال الشافعي كل شيء ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفايات ، وفي وجوب الإشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف ، والخلاف فيه مبني على الاختلاف في الإشهاد على اللقطة . واللقيط : هو الصبي الصغير غير البالغ ، وإن كان مميزاً ، ففيه في مذهب الشافعي تردد ، والملتقط : هو كل حر عدل رشيد ، وليس العبد والمكاتب بملتقط ، والكافر يلتقط الكافر دون المسلم ، لأنه لا ولاية

له عليه ، ويلتقط المسلم الكافر ، وينزع من يد الفاسق والمبذر ، وليس من شرط الملتقط الغنى ، ولا تلزم نفقة الملتقط على من التقطه ، وإن أنفق لم يرجع عليه بشئ . وأما أحكامه فإنه يحكم له بحكم الإسلام إن التقطه في دار المسلمين ويحكم للطفل بالإسلام بحكم أبيه عند مالك . وعند الشافعي بحكم من أسلم منهما ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك . وقد اختلف في اللقيط فقيل إنه عبد لمن التقطه ، وقيل إنه حر وولاه لمن التقطه ، وقيل إنه حر وولاه للمسلمين ، وهو مذهب مالك . والذي تشهد له الأصول إلا أن ثبت في ذلك أثر تخصص به الأصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام : تروث المرأة ثلاثة : لقيطها وعتيقها وولدها الذي لا عنت عليه .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الوديعة

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الأئمة صار في هذا الكتاب هي في أحكام الوديعة : فمنها أنهم اتفقوا على أنها أمانة لامضمونة ، إلا ما حكى عن عمر ابن الخطاب . قال المالكيون : والدليل على أنها أمانة أن الله أمر برد الأمانات ولم يأمر بالإشهاد ، فوجب أن يصدق في المستودع في دعواه رد الوديعة مع يمينه إن كذبه المودع ، قالوا : إلا أن يدفعها إليه ببيينة فإنه لا يكون القول قوله ، قالوا : لأنه إذا دفعها إليه ببيينة فكأنه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها ، فيصدق في تلفها ولا يصدق على ردها ، هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه ؛ وقد قيل عن ابن القاسم إن القول قوله وإن دفعها إليه ببيينة ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ، وهو القياس ، لأنه فرق بين التلف ودعوى الرد ، ويعد أن تنتقص الأمانة ، وهذا فيمن دفع الأمانة إلى اليد التي دئعها إليه . وأما من دئعها إلى غير اليد التي دئعها إليه ، فعليه ما على ولي اليتيم من الإشهاد عند مالك وإلا ضمن ، يريد قول الله عز وجل - فإذا دئعتم اليتيم أموالهم فأشهدوا عليهم - فإن أنكر القابض القبض فلا يصدق المستودع في الدفع عند مالك وأصحابه إلا ببيينة ، وقد قيل إنه يتخرج من المذهب أنه يصدق في ذلك ، وسواء عند مالك أم صاحب الوديعة بدئعها إلى الذي دفعها

لم يأمر ؛ وقال أبو حنيفة : إن كان ادعى دفعها إلى من أمره بدفعها فالقول تحول المستودع مع يمينه ، فإن أقر المدفوع إليه بالوديعة ، أعنى إذا كان غير المودع وادعى التلف فلا يخاو أن يكون المستودع دفعها إلى أمانة وهو وكيل المستودع أو إلى ذمة ، فإن كان القابض أميناً فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال مرة : يبرأ الدافع بتصديق القابض ، وتكون المصيبة من الأمر الوكيل بالقبض ، ومرة قال : لا يبرأ الدافع إلا بإقامة البينة على الدفع أو يأتي القابض بالمال . وأما إن دفع إلى ذمة ، مثل أن يقول رجل للذي عنده الوديعة ادفعها إلى سلفا أو تسلفا في ساعة أو ما أشبه ذلك ، فإن كانت الذمة قائمة برئ الدافع في المذهب من غير خلاف ، وإن كانت الذمة خربة فقولان . والسبب في هذا الاختلاف كله أن الأمانة تقوى دعوى المدعى حتى يكون القول قوله مع يمينه ؛ فمن شبه أمانة الذي أمره المودع أن يدفعها إليه ، أعنى الوكيل بأمانة المودع عنده قال : يكون القول قوله في دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ؛ ومن رأى أن تلك الأمانة أضعف قال : لا يبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف ؛ ومن رأى المأمور بنزلة الأمر قال : القول قول الدافع للمأمور كما كان القول قوله مع الأمر ، وهو مذهب أبي حنيفة ؛ ومن رأى أنه أضعف منه قال : الدافع ضامن إلا أن يحضر القابض المال ، وإذا أودعها بشرط الضمان فالجمهور على أنه لا يضمن ، وقال الغير : يضمن . وبالحملة فالفقهاء يرون بأجمعهم أنه لا ضمان على صاحب الوديعة إلا أن يتعدى ويختلفون في أشياء هل هي تعد أم ليس بتعد ؟ فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب إذا أنفق الوديعة ثم رد مثلها أو أخرجها لنفقته ثم ردها ، فقال مالك : يسقط عنه الضمان بحالة مثل إذا ردها ؛ وقال أبو حنيفة : إن ردها بعينها قبل أن ينفقها لم يضمن ، وإن رد مثلها ضمن ؛ وقال عبد الملك والشافعي : يضمن في الوجهين جميعاً ؛ فمن غلط الأمر ضمنه إناها بتحركها ونية استنفاها ؛ ومن رخص لم يضمنها إذا أعاد مثلها . ومنها اختلافهم في السفر بها ، فقال مالك ليس له أن يسافر بها إلا أن تعطى له في سفر ؛ وقال أبو حنيفة له أن يسافر بها إذا كان الطريق آمناً ولم ينه صاحب الوديعة . ومنها أنه ليس للمودع عنده أن يودع الوديعة غيره من غير عذر ، فإن فعل ضمن ؛ وقال

أبو حنيفة : إن أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن ، لأنه شبهه بأهل بيته .
وعند مالك له أن يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من
زوج أو ولد أو أمة أو من أشبههم . وبالحملة فعند الجميع أنه يجب عليه أن
يحفظها مما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم ، فما كان بيننا من ذلك أنه
حفظ اتفق عليه ، وما كان غير بين أنه حفظ اختلف فيه ، مثل اختلافهم
في المذهب فيمن جعل وديعة في جيبه فذهبت ، والأشهر أنه يضمن . وعند
ابن وهب أن من أودع وديعة في المسجد فجعلها على نعله فذهبت أنه لا ضمان
عليه ، ويختلف في المذهب في ضمانها بالنسيان ، مثل أن ينساها في موضع
أو ينسى من دفعها إليه ، أو يدعيها رجلان ، فقيل يحلفان وتقسم بينهما ،
وقيل إنه يضمن لكل واحد منهما ، وإذا أراد السفر فله عند مالك أن يودعها
عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه قدر على دفعها إلى الحاكم أو لم يقدر .
واختلف في ذلك أصحاب الشافعي ، فمنهم من يقول : إن أودعها لغير الحاكم
ضمن . وقبول الوديعة عند مالك لا يجب في حال ، ومن العلماء من يرى أنه
واجب إذا لم يجد المودع من يودعها عنده ، ولا أجر للمودع عنده على حفظ
الوديعة ، وما تحتاج إليه من مسكن أو نفقة فعلى ربها . واختلفوا من هذا الباب
في فرع مشهور ، وهو فيمن أودع مالا فتعدى فيه واتجر به فربح فيه ، هل
ذلك الربح حلال له أم لا ؟ فقال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة : إذا رد
المال طاب له الربح وإن كان غاصبا للمال فضلا عن أن يكون مستودعا
عنده ؛ وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن : يؤدي الأصل ويتصدق
بالربح ؛ وقال قوم : لرب الوديعة الأصل والربح ؛ وقال قوم : هو خير
بين الأصل والربح ؛ وقال قوم : البيع الواقع في تلك التجارة فاسد ، وهؤلاء
هم الذين أوجبوا التصديق بالربح إذا مات . فن اعتبر التصرف قال : الربح
للمتصرف ؛ ومن اعتبر الأصل قال : الربح لصاحب المال . ولذلك لما أمر
عمر رضي الله عنه ابنه عبد الله وعبيد الله أن يصرفا المال الذي أسلفهما
أبوموسى الأشعري من بيت المال ، فتجروا فيه فربحا ، قيل له : لو جعلته
قراضا ، فأجاب إلى ذلك ، لأنه قد روى أنه قد حصل للعامل جزء ولصاحب
المال جزء ، وأن ذلك عدل .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)
كتاب العارية

والنظر في العارية في أركانها وأحكامها . وأركانها خمسة : الإعارة ، والمعير والمستعير ، والمعار ، والصيغة . أما الإعارة فهي فعل محير ومندوب إليه ، وقد شدد فيها قوم من السلف الأول . روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله ابن مسعود أنهما قالوا في قوله تعالى - وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ - أنه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من الفأس والدلو والحبل والقدر وما أشبه ذلك . وأما المعير فلا يعتبر فيه إلا كونه مالكا للعارية إما لرقبتها وإما لمنفعتها ، والإظهار أنها لا تصح من المستعير أعني أن يعيرها . وأما العارية فتكون في الدور والأرضين والحيوان ، وجميع ما يعرف بعينه إذا كانت منفعة مباحة الاستعمال ، ولذلك لا تجوز لباحة الجوار للاستمتاع . ويكره للاستخدام إلا أن تكون ذا محرم . وأما صيغة الإعارة ، فهي كل لفظ يدل على الإذن ، وهي عقد جائز عند الشافعي وأبي حنيفة : أي للمعير أن يسترد عاريته إذا شاء ؛ وقال مالك في المشهور : ليس له استرجاعها قبل الانتفاع ، وإن شرط مدة ما لزمته تلك المدة ، وإن لم يشترط مدة لزمته من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية . وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة . وأما الأحكام فكثيرة ، وأشهرها هل هي مضمونة أو أمانة ؟ فنهى عن قول : إنها مضمونة وإن قامت البينة على تلفها ، وهو قول أشهب والشافعي ، وأحد قول مالك ؛ ومنهم من قال نقيض هذا ، وهو أنها ليست مضمونة أصلا ، وهو قول أبي حنيفة ؛ ومنهم من قال : يضمن فيما يغاب عليه إذا لم يكن على التلغف بينة ، ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ، ولا فيما قامت البينة على تلفه ، وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه . وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك ، وذلك أنه ورد في الحديث الثابت أنه قال عليه الصلاة والسلام لأصفوان بن أمية « بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ » وفي بعضها « بَلْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ » وروى عنه أنه قال « لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ضَمَانٌ » فن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ، ومن أخذ بحديث صفوان

ابن أمية ألزمه الضمان ؛ ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه ، فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه ، والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه ، إلا أن الحديث الذى فيه ليس على المستعير ضمان ، غير مشهور ، وحديث صفوان صحيح ، ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ؛ ومن فرق قال : الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع ، والعارية لمنفعة القابض : وانفقوا فى الإجارة على أنها غير مضمونة : أعنى الشافعى وأبا حنيفة ومالكا ، ويلزم الشافعى إذا سلم أنه لاضمان عليه فى الإجارة أن لا يكون ضمان فى العارية إن سلم أن سبب الضمان هو الانتفاع ، لأنه إذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فأحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته إذا كانت منفعة الدافع مؤثرة فى إسقاط الضمان . واختلفوا إذا شرط الضمان ، فقال قوم : يضمن ؛ وقال قوم : لا يضمن ، والشرط باطل ؛ ويحسب على قول مالك إذا اشترط الضمان فى الموضع الذى لا يجب فيه عليه الضمان أن يلزم إجارة المثل فى استعباله العارية لأن الشرط يخرج العارية عن حكم العارية إلى باب الإجارة الفاسدة إذا كان صاحبها لم يرض أن يعيرها إلا بأن يخرجها فى ضمانه ، فهو عوض مجهول فيجب أن يرد إلى معلوم . واختلف عن مالك والشافعى إذا غرس المستعير ونبت ثم انقضت المدة التى استعار إليها ، فقال مالك : المالك بالخيار إن شاء أخذ المستعير بقلع غراسه وبثائه ، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعا إذا كان مما له قيمة بعد انقلاع ، وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط أو بالعرف أو العادة ؛ وقال الشافعى : إذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبة بالقلع ، بل يخير المعير بأن يبقيه بأجر يعطاه ، أو ينقض بأرش ، أو يتملك ببدل ، فأبها أراد المعير أجبر عليه المستعير ، فإن أبى كلف تفريغ الملك . وفى جواز بيعته للنقض عنده خلاف ، لأنه معرض للنقض ، فرأى الشافعى أن أخذه المستعير بالقلع دون أرش هو ظلم ؛ ورأى مالك أن عليه إخلاء المحل ، وأن العرف فى ذلك يتنزل منزلة الشروط ، وعند مالك أنه إن استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال : واختلفوا من هذا الباب فى الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ليغرز فيه

خشبة لمنفعة، ولا تضر صاحب الجدار وبالمجة في كل ما ينتفع به المستعير
ولا ضرر على المعير فيه ، فقال مالك وأبو حنيفة : لا يقضى عليه به إذ العارية
لا يقضى بها ، وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث :
يتقضى بذلك ، وحببتهم ما خرج به مالك عن ابن شهاب عن الأعرج عن
أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يمنع أحدكم جاره
أن يغرز خشبة في جداره » ثم يقول أبو هريرة : مالي أراكم هنا
معرضين ، والله لأرmin بها بين أكتافكم . واحتجوا أيضا بما رواه مالك عن
عمر بن الخطاب أن الضحاك بن قيس ساق خليجا له من العريض ، فأرادوا
أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : أنت
تمنعني وهو لك منفعة ، تسقى منه أولا وآخرا ولا يضرك ؟ فأبى محمد ، فكلّم
فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلّي
سبيله ، قال محمد : لا ، فقال عمر : لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك ،
فقال محمد : لا ، فقال عمر : والله ليرنّ به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن
يمر به ، ففعل الضحاك . وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه
قال : كان في حائط جدي ربيع لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد أن يحوّلّه إلى
غاحية من الحائط ، فنعه صاحب الحائط ، فكلّم عمر بن الخطاب ، فقضى
لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عدل الشافعي مالكا لإدخاله هذه الأحاديث
في موطنه ، وتركه الأخذ بها . وعمدة مالك وأبي حنيفة قوله عليه الصلاة
والسلام « لا يحل مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفس منه »
وعند الغير أن عموم هذا مخصص بهذه الأحاديث ، وبخاصة حديث أبي هريرة .
وعند مالك أنها محمولة على النذب ، وأنه إذا أمكن أن تكون مخصصة وأن تكون
على النذب فحملها على النذب أولى ، لأن بناء العام على الخاص إنما يجب إذا
لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض . وروى أصبغ عن ابن القاسم : أنه لا يؤخذ
بقضاء عمر على محمد بن مسلمة في الخليج ، ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن
عوف في تحويل الربيع ، وذلك أنه رأى أن تحويل الربيع أيسر من أن يمر عليه
مطريق لم يكن قبل ، وهذا القدر كاف بحسب غرضنا .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

كتاب الغصب

وفيه بابان : الأول : في الضمان ، وفيه ثلاثة أركان : الأول : الموجب للضمان . والثاني : ما فيه الضمان . والثالث : الواجب . وأما الباب الثاني : فهو في الطوارئ على المغصوب .

الباب الاول في الضمان

(الركن الأول) وأما الموجب للضمان ، فهو إما المباشرة لأخذ الماله المغصوب أو لإتلافه ، وإما المباشرة للسبب المتلف ، وإما إثبات اليد عليه . واختلفوا في السبب الذي يحصل بمباشرة الضمان إذا تناول التلف بواسطة سبب آخر ، هل يحصل به ضمان أم لا ؟ وذلك مثل أن يفتح قفصاً فيه طائر فيطير بعد الفتح ، فقال مالك : يضمّنه هاجه على الطيران أو لم يهجه . وقال أبو حنيفة لا يضمّن على حال ؛ و فرق الشافعي بين أن يهجه على الطيران أو لا يهجه ، فقال : يضمّن إن هاجه ، ولا يضمّن إن لم يهجه ؛ ومن هذا من حفر بئراً فسقط فيه شيء فهلك ؛ فمالك والشافعي يقولان : إن حفره بحيث أن يكون حفره تعدياً ضمن ما تلف فيه وإلا لم يضمّن ، ويجيء على أصل أبي حنيفة أنه لا يضمّن في مسألة الطائر ، وهل يشترط في المباشرة العمد أو لا يشترط ؟ فالأشهر أن الأموال تضمن عمداً وخطأً ، وإن كانوا قد اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب ، وهل يشترط فيه أن يكون مختاراً ؟ فالمعلوم عن الشافعي أنه يشترط أن يكون مختاراً ، ولذلك رأى على المكره الضمان : أعني المكره على الإتلاف .

(الركن الثاني) وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال أتلّفت عينه أو تلّفت عند الغاصب عينه بأمر من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك ، وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق . واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار ، فقال الجمهور : لأنها تضمن بالغصب ، أعني أنها إن انهدمت للدار ضمن قيمتها ؛ وقال

أبو حنيفة : لا يضمن . وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول ؟ فمن جعل حكم ذلك واحدا قال بالضمآن ؛ ومن لم يجعل حكم ذلك واحدا قال : لا ضمان .

(الركن الثالث) وهو الواجب في الغصب ، والواجب على الغاصب إن كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه ، وهذا لا خلاف فيه ، فإذا ذهب عينه لأنهم اتفقوا على أنه إذا كان مكيلا أو موزونا أن على الغاصب المثل ، أعنى مثل ما استهلك صفة ووزنا واختلفوا في العروض فقال مالك : لا يقضى في العروض من الحيوان وغيره إلا بالقيمة يوم استهلك ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة وداود : الواجب في ذلك مثل ولا تلزم القيمة إلا عند عدم المثل . وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فِي عَبْدٍ قَوْمَ عَلَيْهِ الْبَاقِي قِيَمَةَ الْعَدْلِ » الحديث . ووجه الدليل منه أنه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة . وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى - فَجَزَاءُ مِثْلُ مَا قَتَلْتُمْ مِنَ النَّعَمِ - ولأن منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعلئ عليه . ومن الحججة لهم ما أخرجه أبو داود من حديث أنس وغيره « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه ، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام ، قال : فحسرت بيدها فكسرت القصعة ، فأخذ النبي صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم إحداهما إلى الأخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول : غَارَتْ أُمُكُمْ كُلُّوا كُلُّوا ، حتى جاءت قصعتها التي في بيتها ، وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا ، فدفع الصحيفة الصحيحة إلى الرسول ، وحبس المكسورة في بيته » وفي حديث آخر « أن عائشة كانت هي التي غارت وكسرت الإناء ، وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : ما كفارة ما صنعت ؟ قال : إناءٌ مِثْلُ إناءٍ ، وطعامٌ مِثْلُ طعامٍ » .

الباب الثاني في الطوارئ

والطوارئ على المغصوب إما بزيادة وإما بنقصان ، وهذان إما من قبيل المخلوق ، وإما من قبيل الخالق . فأما النقصان الذي يكون بأمر من السماء فإنه

ليس له إلا أن يأخذه ناقصا ، أو يضمّنه قيمته يوم الغصب ؛ وقيل إن له أن يأخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب . وأما إن كان النقص بجناية الغاصب فالمغضوب مخير في المذهب بين أن يضمّنه القيمة يوم الغصب أو يأخذه ، وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون ما نقصته الجناية يوم الغصب ؛ وذهب أشهب إلى أنه مخير بين أن يضمّنه القيمة أو يأخذه ناقصا ، ولا شيء له في الجناية كاللّذي يصاب بأمر من السماء ، وإليه ذهب ابن المواز . والسبب في هذا الاختلاف أن من جعل المغضوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من نماء أو نقصان ، كأنه حدث في ملك صحيح ، فأوجب له الغلة ولم يوجب عليه في النقصان شيئا سواء كان من سيده أو من عند الله ، وهو قياس قول أبي حنيفة . وبالحملة فقياس قول من يضمّنه قيمته يوم الغصب فقط . ومن جعل المغضوب مضمونا على الغاصب بقيمته في كل أوان كانت يده عليه آخذة بأرفع القيم ، وأوجب عليه رد الغلة وضمان النقصان ، سواء كان من فعله أو من عند الله ، وهو قول الشافعي أو قياس قوله . ومن فرق بين الجناية التي تكون من الغاصب ، وبين الجناية التي تكون بأمر من السماء ، وهو مشهور لمذهب مالك ؛ وابن القاسم فعمدته قياس الشبه ، لأنه رأى أن جناية الغاصب على الشيء اللّذي غصبه هو غصب ثان متكرر منه ، كما لو جنى عليه وهو في ملك صاحبه ، فهذا هو نكتة الاختلاف في هذا الباب فقف عليه . وأما إن كانت الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب ، فالمغضوب مخير بين أن يضمّنه الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني ، وبين أن يترك الغاصب ويتبع الجاني بحكم الجنائيات ، فهذا حكم الجنائيات على العين في يد الغاصب . وأما الجناية على العين من غير أن يفسدها غاصب ، فإنها تنقسم عند مالك إلى قسمين : جنائية تبطل بسيرا من المنفعة ، والمقصود من الشيء باق ، فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية ، وذلك بأن يقوم صحيحا ويقوم بالجناية ، فيعطى ما بين القيمتين . وأما إن كانت الجناية مما تبطل الغرض المقصود ، فإن صاحبه يكون مخيرا إن شاء أسلمه للجاني وأخذ قيمته ، وإن شاء أخذ قيمة الجناية ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة : ليس له إلا قيمة الجناية . وسبب الاختلاف الالتفات إلى الحمل

على الغاصب ، وتشبيه إتلاف أكثر المنفعة بإتلاف العين : وأما النماء فإنه على قسمين : أحدهما أن يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعييب يذهب . والثاني أن يكون مما أحدثه الغاصب : فأما الأول فإنه ليس بفوت ؛ وأما النماء بما أحدثه الغاصب في الشيء المغصوب فإنه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك إلى قسمين : أحدهما أن يكون قد جعل فيه من ماله ما له عين قائمة كالصبغ في الثوب والنقش في البناء وما أشبه ذلك . والثاني أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالحياطة والنسج وطحن الحنطة والخشبة يعمل منها ثوابيت : فأما الوجه الأول ، وهو أن يجعل فيه من ماله ما له عين قائمة ، فإنه ينقسم إلى قسمين : أحدهما أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه إعادته على حاله كالبقعة يبينها وما أشبه ذلك . والثاني أن لا يقدر على إعادته كالثوب يصبغه والسويق يلته فأما الوجه الأول فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة على حالها وإزالة ماله فيها مما جعله من نقض أو غيره ، وبين أن يعطى الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعا بعد حط أجر القلع ؛ وهذا إذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بغيره ، وإنما يستأجر عليه ؛ وقيل إنه لا يحط من ذلك أجر القلع ، هذا إن كانت له قيمة ، وأما إن لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شيء ، لأن من حق المغصوب أن يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته ، فإن لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال . وأما الوجه الثاني فهو فيه مخير بين أن يدفع قيمة الصبغ وما أشبهه ويأخذ ثوبه وبين أن يضمه قيمة الثوب يوم غصبه ، إلا في السويق الذي يلته في السمن وما أشبه ذلك من الطعام ، فلا يخير فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فوتاً يلزم الغاصب فيه المثل ، أو القيمة فيما لا مثل له . وأما الوجه الثاني من التقسيم الأول ، وهو أن لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه في الشيء المغصوب سوى العمل ، فإن ذلك أيضا ينقسم قسمين : أحدهما أن يكون ذلك يسيرا لا ينتقل به الشيء عن اسمه بمنزلة الحياطة في الثوب أو الرذولة . والثاني أن يكون العمل كثيرا ينتقل به الشيء المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حليا أو دراهم فأما الوجه الأول فلا حق فيه للغاصب ، ويأخذ المغصوب منه الشيء المغصوب معمولا .

وأما الوجه الثاني فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغمصوب يوم غصبه أو مثله فيما له مثل هذا تفصيل مذهب ابن القاسم في هذا المعنى ؛ وأشهب يجعل ذلك كله للمغمصوب ، أصله مسألة البنيان فيقول : إنه لاحق للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ والرفو والنسج والدباغ والطحين . وقد روى عن ابن عباس أن الصبغ تقويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب ، وقد قيل إنها يكونان شريكتين ، هذا بقيمة الصبغ ، وهذا بقيمة الثوب إن أبي رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ ، وإن أبي الغاصب أن يدفع قيمة الثوب ، وهذا القول أنكره ابن القاسم في المدونة في كتاب اللقطة وقال : إن الشركة لا تكون إلا فيما كان بوجه شبه جلية . وقول الشافعي في الصبغ مثل قول ابن القاسم إلا أنه يجيز الشركة بينهما ويقول : إنه يؤمر الغاصب بقلب الصبغ إن أمكنه وإن نقص الثوب ، ويصمن للمغمصوب مقدار التقصان ، وأصول الشرع تقتضي أن لا يستحل ماله الغاصب من أجل غصبه ، وسواء كان منفعة أو عينا ، إلا أن يحتج محتج بقوله عليه الصلاة والسلام « لَيْسَ لِعَبْرِ قَاطِلٍ حَقٌّ » لكن هذا مجمل ، ومفهومه الأول أنه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشيء الذي غصبه ، أعنى ماله المتعلق بالمغمصوب ، فهذا هو حكم الواجب في عين المغمصوب تغير أو لم يتغير . وأما حكم غلته ، فاختلاف في ذلك في المذهب على قولين : أحدهما أن حكم الغلة حكم الشيء المغمصوب ، والثاني أن حكمهما بخلاف الشيء المغمصوب ؛ فمن ذهب إلى أن حكمهما حكم الشيء المغمصوب وبه قال أشهب من أصحاب مالك يقول : إنما تلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما انتهت إليه قيمتها على قول من يرى أن الغاصب يلزمه أرفع القيم من يوم غصبها لقيمة الشيء المغمصوب يوم الغصب : وأما الدين ذهبوا إلى أن حكم الغلة بخلاف حكم الشيء المغمصوب ، فاختلفوا في حكمها اختلافا كثيرا بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت بيينة أنه لا ضمان على الغاصب ، وأنه إن ادعى تلفها لم يصدق وإن كان مما لا يغاب عليه . وتحصيل مذهب هؤلاء في حكم الغلة هو أن الغلال تنقسم إلى ثلاثة أقسام : أحدها غلة متولدة عن الشيء المغمصوب على نوعه وخلقه وهو الولد ، وغلة متولدة عن الشيء لأعلى صورته ، وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها ، وغلال غير متولدة بل هي منافع ، وهي الأكارية والخراجات وما أشبه ذلك .

غأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه أن الغاصب يرد كالمولد مع الأم المغصوبة وإن كان ولد الغاصب . وإنما اختلفوا في ذلك إذا ماتت الأم ، فقال مالك : هو مخير بين الولد وقيمة الأم ؛ وقال الشافعي : بل يرد الولد وقيمة الأم وهو القياس . وأما إن كان متولدا على غير خلقة الأصل بصورته ففيه قولان : أحدهما أن للغاصب ذلك المتولد . والثاني أنه يلزمه رده مع الشيء المغصوب إن كان قائما أو قيمتها إن ادعى تلفها ولم يعرف ذلك إلا من قوله ، فإن تلف الشيء المغصوب كان مخيرا بين أن يضمه بقيمته ولا شيء له في الغلة ، وبين أن يأخذه بالغلة ولا شيء له من القيمة . وأما ما كان غير متولد ، اختلفوا فيه على خمسة أقوال : أحدها أنه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل . والثاني أنه يلزمه رده من غير تفصيل أيضا . والثالث أنه يلزمه الرد إن أكرى ، ولا يلزمه الرد إن انتفع أو عطل . والرابع يلزمه إن أكرى أو انتفع . ولا يلزمه إن عطل . والخامس الفرق بين الحيوان والأصول ، أعنى أنه يرد قيمة منافع الأصول ، ولا يرد قيمة منافع الحيوان ، وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها . وأما ما اغتل منها بتصرفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها فيتجر بها فيربح ، فالغلة قول واحد في المذهب ؛ وقال قوم : الربح للمغصوب وهذا أيضا إذا قصد غصب الأصل . وأما إذا قصد غصب الغلة دون الأصل فهو ضامن للغلة بإطلاق ، ولا خلاف في ذلك سواء عطل أو انتفع أو أكرى ، كان مما يزال به أو بما لا يزال به ؛ وقال أبو حنيفة : إنه من تعلّى على دابة رجل فركبها أو حمل عليها فلا كراء عليه في ركوبه إياها ولا في حمله ، لأنه ضامن لها إن تلفت في تعديبه ، وهذا قوله في كل ما ينقل ويحول ، فإنه لما رأى أنه قد ضمنه بالتعدي وصار في ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجر به من المال المغصوب ، وإن كان الفرق بينهما أن الذي تجر به تحولت عينه ، وهذا لم يتحول عينه . وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة أو لا يردها اختلافهم في تعميم قوله عليه الصلاة والسلام « الخراج بالظن » وقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام هذا خرج على سبب ، وهو في غلام قيم فيه بعب ، فأراد المولى صرف عليه أن يرد المشتري غلته ، وإذا خرج العام

على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه ؟ فيه خلاف بين فقهاء الأمصار مشهور ، فمن قصر ههنا هذا الحكم على سببه قال : إنما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار إلى الإنسان بشبهة . مثل أن يشتري شيئا فيستغله فيستحق منه . وأما ما صار إليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لأنه ظالم ، وليس لعرق ظالم حق ، فعمم هذا الحديث في الأصل والغلة : أعنى عموم هذا الحديث وخصص الثاني . وأما من عكس الأمر فعمم قوله عليه الصلاة والسلام « الخراج بالضمان » على أكثر من السبب الذي خرج عليه ، وخصص قوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » بأن جعل ذلك في الرقبة دون الغلة قال : لا يرد الغلة الغاصب . وأما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجرى المنافع والأعيان المتولدة مجرى واحدا ، وأن يعتبر التضامن أو لا يعتبر . وأما سائر الأقاويل التي بين هذين فهى استحسان . وأجمع العلماء على أن من اغترس نخلا أو ثمرا بالجملة ونباتا في غير أرضه أنه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ أَحْبَبَ أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرقِ ظَالِمٍ حَقٌّ » . والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس في أرض الغير . وروى أبو داود في هذا الحديث زيادة قال عروة : ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث « أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر ، ف قضى لصاحب الأرض بأرضه ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها » قال : فلقد رأيتها وإنما لتضرب أصولها بالفؤوس وإنما لتدخل عم حتى أخرجت منها ، إلا ما روى في المشهور عن مالك « أن من زرع زراعا في أرض غيره وفات أو ان زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعه ، وكان على الزارع كراء الأرض . وقد روى عنه ما يشبه قياس قول الجمهور ، وعلى قوله : إن كل ما لا ينتفع الغاصب به إذا قلعه وأزاله أنه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزارع . وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا : الزارع في أرض غيره له نفقته وزرعته ، وهو قول كثير من أهل المدينة ، وبه قال أبو عبيد وروى عن زرافع بن خديج أنه قال عليه الصلاة والسلام « مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضٍ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَهُ نَفَقَتُهُ وَلَيْسَ لَهُ مِنْ الزَّرْعِ شَيْءٌ » .

و اختلف العلماء فى القضاء فيما أفسدته المواشى والدواب على أربعة أقوال :
أحدها أن كل دابة مرسله فصاحبها ضامن لما أفسدته . والثانى أن لاضمان
عليه . والثالث أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته
بالنهار . والرابع وجوب الضمان فى غير المنفلت ولا ضمان فى المنفلت ، ومن
قال : يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعى ؛ وبأن لاضمان عليهم
أصلا قال أبو حنيفة وأصحابه ؛ وبالضمان بإطلاق قال الليث ، إلا أن الليث
قال : لا يضمن أكثر من قيمة الماشية ، والقول الرابع مروى عن عمر رضى
الله عنه . فعمدة مالك والشافعى فى هذا الباب شيثان : أحدهما قوله تعالى
- وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفِثَتْ فِيهِ غَمٌّ
اتَّقَوْهُ - والنفس عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل ، وهذا الاحتجاج على
مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا . والثانى مرسله عن ابن شهاب
« أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه ، ف قضى رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها ، وأن ما أفسدته
المواشى بالليل ضامن على أهلها » أى مضمون . وعمدة أبى حنيفة قوله عليه
الصلاة والسلام « العجماء جبار » وقال الطحاوى : وتحقيق
مذهب أبى حنيفة أنه لا يضمن إذا أرسلها محفوظة ، فأما إذا لم يرسلها محفوظة
فيضمن ؛ والمالكية تقول : من شرط قولنا أن تكون الغنم فى المسرح
وأما إذا كانت فى أرض مزرعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلا ونهارا
وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلا ونهارا شهادة الأصول له ، وذلك أنه
تعدت من الرسل ، والأصول على أن على المتعدى الضمان ، ووجه من فرق بين
المنفلت وغير المنفلت بئين ، فإن المنفلت لا يملك . فسبب الخلاف فى هذا
الباب معارضة الأصل للسمع ، ومعارضة السماع بعضه لبعض ، أعنى أن
الأصل يعارض « جرح العجماء جبار » ويعارض أيضا التفرقة التى فى حديث
البراء ، وكذلك التفرقة التى فى حديث البراء تعارض أيضا قوله « جرح العجماء
جبار » . ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم فى حكم ما يصاب من
أعضاء الحيوان ، فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى فى عين الدابة بربع

نمها ، وكتب إلى شريح فأمره بذلك ، وبه قال الكوفيون ، وقضى به عمر ابن عبد العزيز ؛ وقال الشافعي ومالك : يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص في ثمنها قياسا على التعدى في الأموال ؛ والكوفيون اعتمدوا في ذلك على قول عمر رضى الله عنه وقالوا : إذا قال الصاحب قولاً ولا مخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لأنه يعلم أنه إنما صار إلى القول به من جهة التوقيف ، فسبب الخلاف إذاً معارضة القياس لقول الصاحب . ومن هذا الباب اختلافهم في الحمل الصئول وما أشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله ، هل يجب عليه غرمه أم لا ؟ فقال مالك والشافعي : لا غرم عليه إذا بان أنه خافه على نفسه ؛ وقال أبو حنيفة والثوري : يضمن قيمته على كل حال . وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلاً فأراد قتله ، فدافع المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة القاصد المتعدى أنه ليس عليه قود ، وإذا كان ذلك في النفس كان في المال أخرى ؛ لأن النفس أعظم حرمة من المال ، وقياساً أيضاً على إهدار دم الصيد الحرى إذا صال وتمسك به حذاق أصحاب الشافعي . وعمدة أبي حنيفة أن الأموال تضمن بالضرورة إليها ، أصله المضطر إلى طعام الغير ولا حرمة للبعير من جهة ما هو ذو نفس . ومن هذا الباب اختلافهم في المكروهة على الزنى ، هل على مكروها مع الحد صدق أم لا ؟ فقال مالك والشافعي والليث : عليه الصداق والحد جميعاً ؛ وقال أبو حنيفة والثوري : عليه الحد ولا صداق عليه ، وهو قول ابن شبرمة . وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان : حق لله وحق للآدمي ، فلم يسقط أحدهما الآخر ؛ أصله السرقة التي يجب بها عندهم غرم المال والقطع . وأما من لم يوجب الصداق ، فتعلق في ذلك بمعنيين : أحدهما أنه إذا اجتمع حقان : حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله ، وهذا على رأى الكوفيين في أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع . والمعنى الثاني أن الصداق ليس مقابل البضع ، وإنما هو عبادة إذ كان النكاح شرعياً ، وإذا كان ذلك كذلك فلا صداق في النكاح الذي على غير الشرع . ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب من غصب أسطوانة فبنى عليها بناء يساوى قائماً أضعاف قيمة الأسطوانة ، فقال مالك والشافعي : يحكم على الغاصب بالهدم ويأخذ المغصوب منه أسطوانته ؛ وقال أبو حنيفة : تفوت

بالقيمة كقول مالك فيمن غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة ؛ وعند الشافعي لا يفوت المغصوب بشيء من الزيادة . وهنا انقضى هذا الكتاب .
(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الاستحقاق

وجل النظر في هذا الكتاب هو في أحكام الاستحقاق ، وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب أن الشيء المستحق من يد إنسان بما تثبت به الأشياء في الشرع لمستحقها إذا صار إلى ذلك الإنسان الذي استحق من يده الشيء . المستحق بشراء أنه لا يخاو من أن يستحق من ذلك الشيء أقله أو كله أو جله ، ثم إذا استحق منه كله أو جله فلا يخاو أن يكون قد تغير عند الذي هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ، ثم لا يخلو أيضا أن يكون المستحق منه قد اشتراه بضمن أو مضمون : فأما إن كان استحق منه أقله ، فإنه إنما يرجع عند مالك على الذي اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده ، وليس له أن يرجع بالجميع . وأما إن كان استحق كله أو جله ، فإن كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذي اشتراه منه بضمن ما اشتراه منه إن كان اشتراه بضمن ، وإن كان اشتراه بالمضمون رجع بالمضمون بعينه إن كان لم يتغير ، فإن تغير تغيرا يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء ، وإن كان المال المستحق قد بيع ، فإن للمستحق أن يَمْضِي البيع ويأخذ الثمن أو يأخذه بعينه ؛ فهذا حكم المستحق والمستحق من يده ما لم يتغير الشيء المستحق ، فإن تغير الشيء المستحق فلا يخلو أن يتغير بزيادة أو نقصان . فأما إن كان تغير بزيادة فلا يخلو أن يتغير بزيادة من قبل الذي استحق من يده الشيء ، أو بزيادة من ذات الشيء . فأما الزيادة من ذات الشيء فيأخذها المستحق ، مثل أن تسمى الجارية أو يكبر الغلام . وأما الزيادة من قبل المستحق منه ، فمثل أن يشتري الدار فبني فيها فستحق من يده ، فإنه نخير بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه وبين أن يدفع إليه المستحق من يده قيمة ما استحق أو يكونا شريكين ، هذا بقدر قيمة ما استحق من يده ، وهذا بقدر قيمة ما بني أو غرس ، وهو قضاء عمر بن الخطاب . وأما إن كانت الزيادة ولادة

من قبل المستحق منه ، مثل أن يشتري أمة فيولدها ثم تستحق منه أو يزوجه
على أنها حرة فتخرج أمة ، فإنهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن يأخذ
أعيان الولد ، واختلفوا في أخذ قيمتهم . وأما الأم فقيل يأخذها بعينها ،
وقيل يأخذ قيمتها . وأما إن كان الولد بنكاح فاستحقت بعبودية
فلا خلاف أن أسيداً أن يأخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره ،
وإذا أزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره ، لأن الضرر لم يتعلق
بالولد . وأما غلة الشيء المستحق ، فإنه إذا كان ضلعنا بشبهة ملك فلا خلاف
أن الغلة للمستحق منه ، وأعني بالضمأن أنها تكون من خسارته إذا هلكت عنده .
وأما إذا كان غير ضامن ، مثل أن يكون وارثاً فيطراً عليه وارث آخر
فالمستحق بعض ما في يده فإنه يرد الغلة . وأما إن كان غير ضامن إلا أنه
ادعى في ذلك ثمناً مثل العبد يستحق بحرية ، فإنه وإن هلك عنده يرجع بالثمن
ففيه قولان : أنه لا يضمن إذا لم يجد على من يرجع ، ويضمن إذا وجد على
من يرجع . وأما من أى وقت تصح الغلة للمستحق ؟ فقيل يوم الحكم ، وقيل
من يوم ثبوت الحق ، وقيل من يوم توقيفه : وإذا قلنا إن الغلة تجب للمستحق
في أحد هذه الأوقات الثلاثة فإذا كانت أصولاً فيها ثمرة فأدرك هذا الوقت
الثلث ولم يقطع بعده ، فقيل إنها للمستحق ما لم تقطف ، وقيل ما لم تيبس ،
وقيل ما لم يطب ويرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يديه ، وهذا إن
كان اشتري الأصول قبل الإبار . وأما إن كان اشتراها بعد الإبار فالثمرة
للمستحق عند ابن القاسم إن جذت ويرجع بالسنى والعلاج ؛ وقال أشهب :
هي للمستحق ما لم تجذ . والأرض إذا استحقت ، فالكرأ إنما هو للمستحق إن
وقع الاستحقاق في إبان زريعة الأرض . وأما إذا خرج الإبان فقد وجب كراء
الأرض للمستحق منه . وأما إن كان بغير نقصان ، فإن كان من غير سبب
المستحق من يديه فلا شيء على المستحق من يديه . وأما إن كان أخذ له ثمناً
مثل أن يهلب الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر ، فإنه يرجع
عليه بثلث ما باع من النقص : قال القاضي : ولم أجد في هذا الباب خلافاً
يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك وأصحابه ، وهي أصولهم في هذا
الباب ، ولكن يجسئ على أصول الغير أنه إذا كان المستحق مشتري بعرض ،

وكان العرض قد ذهب أن يرجع المستحق من يده بعرض مثله لابقيمته ، وهم الذين يرون في جميع المتلفات المثل ؛ وكذلك يحسب على أصول الغير أن يرجع على المشتري إذا استحق منه قليل أو كثير ، لأنه لم يدخل على الباقي ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراخ . كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله .
(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الهبات

والنظر في الهبة : في أركانها ، وفي شروطها ، وفي أنواعها ، وفي أحكامها .
ونحن إنما نذكر من هذه الأجناس ما فيها من المسائل المشهورة .
فنقول : أما الأركان فهي ثلاثة : الواهب ، والموهوب له ، والهبة :
أما الواهب فإنهم اتفقوا على أنه تجوز هبته إذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك ، وذلك إذا كان في حال الصحة وحال إطلاق اليد : واختلفوا في حال المرض وفي حال السفه والفس . أما المريض فقال الجمهور : إنها في ثلثه تشيها .
بالوصية ، أعني الهبة التامة بشروطها . وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر : أن هبته تخرج من رأس ماله إذا مات ، ولا خلاف بينهم أنه إذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة . وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبي عليه الصلاة والسلام . « في الذي أعتق ستة أعبد عند موته ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وأزق الباقي » وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال : أعني حال الإجماع ، وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الإجماع في المرض إلا أن يدل دليل من كتاب أو سنة يينة ، والحديث عندهم محمول على الوصية ، والأمراض التي يحجز فيها عند الجمهور هي الأمراض المخوفة ، وكذلك عند مالك الحالات المخوفة ، مثل الكون بين الصفين ، وقرب الحامل من الوضع ، وراكب البحر المرتج ، وفيه اختلاف . وأما الأرض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير ، وقد تقدم هذا في كتاب الحجر . وأما السفهاء والمفاسون فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم أن هبته غير ماضية . وأما الموهوب فكل شيء صح ملكه . واتفقوا على أن للإنسان أن يهب جميع ماله للأجنبي : واختلفوا في تفضيل الرجل بعض

ولده على بعض في الهبة ، أو في هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض ، فقال جمهور فقهاء الأمصار بكراهية ذلك له ، ولكن إذا وقع عندهم جاز ؛ وقال أهل الظاهر : لا يجوز التفضيل فضلاً عن أن يهب بعضهم جميع ماله ؛ وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون بعض ؛ ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير ، وهو حديث متفق على صحته ، وإن كان قد اختلف في ألفاظه ، والحديث أنه قال « إن أباه بشيراً أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إني نحلتي ابني هذا غلاماً كان لي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أكملْ وَلَدَكَ نَحْلَتَهُ مُثْلَ هَذَا ؟ قال لا ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فارتجعه » وافق مالك والبخاري ومسلم على هذا اللفظ ، قالوا : والارتجاع يقتضي بطلان الهبة : وفي بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه قال عليه الصلاة والسلام « هَذَا جَوْرٌ » . وعمدة الجمهور أن الإجماع منعقد على أن للرجل أن يهب في صحته جميع ماله للأجانب دون أولاده ، فإذا كان ذلك للأجنبي فهو للولد أحرى . واحتجوا بحديث أبي بكر المشهور أنه كان نخل عائشة جذاذ عشرين وسقا من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال : والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلى غني بعدى منك ، ولا أغر على فقراً بعدى منك ، وإني كنت نخلتك جذاذ عشرين وسقا فلو كنت جذذتيه واحترتيه كان لك ، وإنما هو اليوم مال وارث . قالوا : وذلك الحديث المراد به النذب ، والدليل على ذلك أن في بعض رواياته : « أَلَسْتُ تُرِيدُ أَنْ يَكُونُوا لَكَ فِي الْبَرِّ وَاللُّطْفِ سَوَاءٌ ؟ » قال : نعم ، قال : فأشهدني على هذا غَيْرِي . وأما مالك فإنه رأى أن النهي عن أن يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو أحرى أن يحمل على الوجوب ، فأوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهي عن أن يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله : فسبب الخلاف في هذه المسئلة معارضة القياس للفظ النهي الوارد ، وذلك أن النهي يقتضي عند الأكثر بصيغته التحريم ، كما يقتضي الأمر الوجوب ؛ فمن ذهب إلى الجمع بين السماع والقياس حمل الحديث على النذب ، أو خصصه في بعض الصور كما فعل مالك ، ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس ، وكذلك العدول بها عن ظاهرها أعني أن

يعدل بلفظ النهى عن مفهوم الحظر إلى مفهوم الكراهية . وأما أهل الظاهر فلما لم يميز عندهم القياس في الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا : بتحريم التفضيل في الهبة . و اختلفوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع غير المقسوم ، فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور : تصح ؛ وقال أبو حنيفة : لا تصح . وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع . وعمدة أبي حنيفة أن القبض فيها لا يصح إلا مفردة كالرهن ، ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود ، وبالحملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع . من جهة الغرر ؛ وقال الشافعي : ما جاز بيعه جازت هبته كالدين ، ومالم يميز بيعه لم تجز هبته ، وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعي لا تصح هبته كالدين والرهن . وأما الهبة فلا بد من الإيجاب فيها والقبول عند الجميع . ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه . وأما الشروط فأشهرها القبض ، أعنى أن العلماء اختلفوا هل القبض شرط في صحة العقد أم لا ؟ فاتفق الثوري والشافعي وأبو حنيفة أن من شرط صحة الهبة القبض ، وأنه إذا لم يقبض لم يلزم الواهب ؛ وقال مالك : ينعقد بالقبول ويحبر على القبض كالبيع سواء ، فإن تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة ، وله إذا باع تفصيل إن علم فتوانى لم يكن له إلا الثمن ، وإن قام في الفور كان له الموهوب . فمالك : القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة ، وهو عند الشافعي وأبي حنيفة من شروط الصحة . وقال أحمد وأبو ثور : تصح الهبة بالعقد ، وليس انقبض من شروطها أصلا ، لا من شرط تمام ولا من شرط صحة ، وهو قول أهل الظاهر . وقد روى عن أحمد بن حنبل أن القبض من شروطها في المكيل والموزون . فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشبيهها بالبيع ، وأن الأصل في العقود أن لا قبض مشروط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض . وعمدة من اشترط القبض أن ذلك مروى عن أبي بكر رضى الله عنه في حديث هبته لعائشة المتقدم ، وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة . وما روى مالك عن عمر أيضا أنه قال : ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلًا ثم يمسكونها ، فإن مات ابن أحدهم قال : مالى يبلى لم أعطه أحدًا ، وإن مات قال هو لابنى قد كنت أعطيتة إياه فنحل نحلته فلم يحزها الذى نحلها للمنحول

له وأبقاها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطلة ، وهو قول علي ، قالوا : وهو إجماع من الصحابة ، لأنه لم ينقل عنهم في ذلك خلاف . وأما مالك فاعتمد الأمرين جميعا : أعنى انقياس وما روى عن الصحابة ، وجمع بينهما ، فن حيث هي عند من العقود لم يكن عنده شرطا من شروط صحتها القبض ، ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط النمام ، ومن حق الموهوب له ، وأنه إن تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو لإنلاس على الواهب سقط حقه . ووجه ورفقهاء الأمصار على أن الأب يجوز لابنه الصغير الذي في ولاية نظره والكبير السفیه الذي ما وهبه كما يجوز لهما ما وهبه غيره لهم ، وأنه يكفي في الحيازة له إشتهاده بالهبة والإعلان بذلك ، وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة وفيما لا يتعين : والأصل في ذلك عندهم ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال : من نحل ابنا له صغيرا لم يبلغ أن يجوز نخلته فأعلن ذلك وأشهد عليه فهي حيازة وإن وليها ؛ وقال مالك وأصحابه : لا بد من الحيازة في المسكون والملبوس ، فإن كانت دارا سكن فيها خرج منها ، وكذلك الملبوس إن لبسه بطلت الهبة ، وقالوا في سائر العروض بمثل قول الفقهاء ، أعنى أنه يكفي في ذلك إعلانه وإشتهاده . وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك ، فروى عنه أنه لا يجوز إلا أن يخرج به الأب عن يده إلى يد غيره ، وروى عنه أنه يجوز إذا جعلها في ظرف أو إناء وختم عليها بخاتم وأشهد على ذلك الشهود . ولا خلاف بين أصحاب مالك أن الوصي يقوم في ذلك مقام الأب . واختلفوا في الأم ؛ فقال ابن القاسم : لا تقوم مقام الأب ، ورواه عن مالك ؛ وقال غيره من أصحابه : تقوم ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعي : الجدة بمنزلة الأب ، والجدة عند ابن وهب أم الأم تقوم مقام الأم ، والأم عنده تنوم مقام الأب .

القول في أنواع الهبات

والهبة منها ما هي هبة عين ، ومنها ما هي هبة منفعة : وهبة العين منها ما يقصد بها الثواب ، ومنها ما لا يقصد بها الثواب : والتي يقصد بها الثواب منها ما يقصد

فيها وجه الله ، ومنها ما يقصد به وجه المخلوق . فأما الهبة لغير الثواب فلا خلاف في جوازها ، وإنما اختلفوا في أحكامها . وأما هبة الثواب فاختفوا فيها ؛ فأجازها مالك وأبو حنيفة ؛ ومنعها الشافعي ، وبه قال داود وأبو ثور . وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن أو ليس ببيع مجهول الثمن ؟ فمن رآه بيعا مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التي لا تجوز . ومن لم ير أنها بيع مجهول قال : يجوز وكأن ما ك جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ، ولذلك اختلف لقول عندهم إذا لم يرض الوهاب بالثواب ما الحكم ؟ ف قيل تلزمه الهبة إذا أعطاه للموهوب القيمة ، وقيل لا تلزمه إلا أن يرضيه ، وهو قول عمر على ماسيأتي بعد ، فإذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد ، والأول هو المشهور عن مالك . وأما إذا ألزم القيمة فهنالك بيع انعقد ، وإنما يحمل مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا في ذلك ، وبخصوصا إذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل أن يهب للمتمير للغنى ، أو ما يرى أنه إنما قصد بذلك الثواب . وأما هبات المنافع فيها ما هي مؤجلة ، وهذه تسمى عارية ومنحة وما أشبه ذلك ، ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له ، وهذه تسمى العمرى ، مثل أن يهب رجل رجلا سكنى دار حياته ، وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال : أحدها أنها هبة مبتوتة : أى أنها هبة للرقبة ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وبها جماعة . والقول الثاني أنه ليس للمعمر فيها إلا المنفعة ، فإذا مات حادت الرقبة للمعمر أو إلى ورثته ، وبه قال مالك وأصحابه ، وعنده أنه إن ذكر العقب عادت إذا انقطع العقب إلى المعمر أو إلى ورثته . والقول الثالث أنه إذا قال : هي عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ما ك للمعمر ، فإذا لم يذكر للعقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر أو لورثته ، وبه قال داود وأبو ثور . وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للأثر . أما الأثر ففى ذلك حديثان : أحدهما متفق على صحته ، وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمرى لَهُ وَكَعَقِبِهِ فَإِنَّهَا لِلَّذِى يُعْطَاهَا لَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِى أُعْطَاهَا أَبَدًا » لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث . والحديث الثاني حديث أبى الزبير عن جابر

قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يا معشر الأنصار أمسكوا على دينكم أموالكم ولا تعميروها فتن أعمر شديدا حيايته فهو له حياته وتماته » وقد روى عن جابر بلفظ آخر « لا تعميروا ولا ترقبوا فتن أعمر شديدا أو أرقبه فهو لورثته » فحديث أبي الزبير عن جابر يخالف لشرط المعمر . وحديث مالك عنه مخالف أيضا لشرط المعمر إلا أنه يخيل أنه أقل في المخالفة ، وذلك أن ذكر العقب يوم تبتت العطية ، فن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبي الزبير عن جابر ، وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك ، وأما من قال إن العمرى تعود إلى المعمر إن لم يذكر العقب ، ولا تعود إن ذكر ، فإنه أخذ بظاهر الحديث . وأما حديث أبي الزبير عن جابر فختلف فيه ، أغنى رواية أبي الزبير عن جابر . وأما إذا أتى بلفظ الإسكان فقال : أسكنتك هذه الدار حياتك ، فالجمهور على أن الإسكان عندهم أو الإخدام بخلاف العمرى وإن لفظ بالعقب ، فسوى مالك بين التعمير والإسكان . وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير في أنها لا تنصرف إلى المسكن أبدا على قول الجمهور في العمرى . والحق أن الإسكان والتعمير معنى المفهوم منهما واحد ، وأنه يجب أن يكون الحكم إذا صرح بالعقب مخالفا له إذا لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب إليه أهل الظاهر .

القول في الاجكام

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة ، وهو الرجوع فيها . فذهب مالك وجهور علماء المدينة أن للأب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستحدث ديناً أو بالجملة ما لم يترتب عليه حق الغير ، وأن للأُم أيضا أن تعتصر ما وهبت إن كان الأب حيا ، وقد روى عن مالك أنها لا تعتصر ؛ وقال أحمد وأهل الظاهر : لا يجوز لأحد أن يعتصر ما وهبه ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز لكل أحد أن يعتصر ما وهبه إلا ما وهب لذي رحم محرمة عليه . وأجمعوا على أن الهبة التي يراد بها الصدقة أى وجه الله أنه لا يجوز لأحد الرجوع فيها . وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض

«الآثار» ؛ فمن لم ير الاعتصار أصلا احتج بعموم الحديث الثابت ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « العائِدُ في هَيْبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ في قَيْسِيهِ » ومن استثنى الأبوين احتج بحديث طاوس أنه قال عليه الصلاة والسلام « لَا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ في هَيْبَتِهِ إِلَّا الْوَالِدُ » وقاس الأم على «الوالد» ؛ وقال الشافعي : لو اتصل حديث طاوس لقلت به ؛ وقال غيره : قد اتصل من طريق حسين المعلم ، وهو ثقة . وأما من أجاز الاعتصار إلا لدوى الرحم المحرمة ، فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : من وهب هبة لصاة رحم أو على جهة صدقة فإنه لا يرجع فيها ، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها إذ لم يرض منها . قالوا وأيضا فإن الأصل أن من وهب شيئا عن غير عوض فإنه لا يقضى عليه به كما لو وعد ، إلا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه «الصدقة» وجمهور العلماء على أن من تصدق على ابنه فأت الابن بعد أن حازها فإنه يرضى بها . وفي مراسلات مالك أن رجلا أنصاريًا من الخزرج تصدق على أبيه بصدقة فهاكها فورث ابنهما المال وهو نخل ، فسأل عن ذلك النبي عليه الصلاة والسلام فقال : قَدْ أُبْجِرَتْ في صَدَقَتِكَ وَتُحَذُّهَا بِعِيَاثِكَ » وخروج أبو داود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت « كنت قد تصدقت على أمي بوليدة ، ولأنها ماتت وتركت تلك الوليدة ، فقال صلى الله عليه وسلم : وَجِبَ أَجْرُكَ وَرَجَعَتْ إِلَيْكَ بِالْمِيرَاثِ » وقال أهل الظاهر : لا يجوز الاعتصار لأحد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لعمر « لَا تَشْتَرِهَ في الْفَرَسِ الَّذِي تَصَدَّقَ بِهِ - فَإِنَّ الْعَائِدَ في هَيْبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ في قَيْسِيهِ » والحديث متفق على صحته . قال القاضي : والرجوع في الهبة لمس من محاسن الأخلاق ، والشارع عليه الصلاة والسلام إنما بعث ليتمم محاسن الأخلاق . وهذا القدر كاف في هذا الباب .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

كتاب الوصايا

والنظر فيها ينقسم أولاً قسمين القسم الأول : النظر في الأركان . والثاني : في الأحكام . ونحن نلجأ نتكلم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة .

القول في الأركان

والأركان أربعة : الموصى ، والموصى له ، والموصى به ، والوصية . أما الموصى فاتفقوا على أنه كل مالك صحيح الملك ، ويصح عند مالك وصية السفينة والصبي الذي يعقل القرب ؛ وقال أبو حنيفة لا تجوز وصية الصبي الذي لم يبلغ ، وعن الشافعي القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم إذا لم يوص بمحرم . وأما الموصى له فأنهم اتفقوا على أن الوصية لا تجوز لو ارث لقوله عليه الصلاة والسلام « لا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ » واختلفوا هل تجوز لغير القرابة ؟ فقال جمهور العلماء : إنها تجوز لغير الأقربين مع الكراهية ، وقال الحسن وطاوس : ترد الوصية على القرابة ، وبه قال إسحاق ، وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى « الْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ » والآلف واللام تقتضي الحصر . واحتج الجمهور بحديث عمران بن حصين المشهور وهو « أن رجلاً أعتق ستة أعبد له في مرضه عند موته لآمال له غيرهم ، فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة » والعبدة غير القرابة . وأجمعوا - كما قلنا - أنها لا تجوز لو ارث إذا لم يجزها الورثة . واختلفوا - كما قلنا - إذا أجازتها الورثة ، فقال الجمهور : تجوز ، وقال أهل الظاهر والمزني : لا تجوز . وسبب الخلاف هل المنع لعللة الورثة أو عبادة ؟ فن قال عبادة قال : لا تجوز وإن أجازها الورثة ؛ ومن قال بالمنع لحق الورثة أجازها إذا أجازها الورثة ؛ وتردد هذا الخلاف راسع إلى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث » هل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول ؟ واختلفوا في الوصية للميت ، فقال قوم : تبطل بموت الموصى له ، وهم الجمهور ؛ وقال قوم : لا تبطل وفي الوصية للثلاث

خطأ وعمداً وفي هذا الباب فرع مشهور ، وهو إذا أذن الورثة للميت هل لهم أن يرجعوا في ذلك بعد موته ؟ فقول لهم ، وقيل ليس لهم ، وقيل بالفرق بين أن يكون الورثة في عيال الميت أولاً يكونوا ، أعنى أنهم إن كانوا في عياله كان لهم الرجوع ، وأنثلاثة الأقوال في المذهب .

القول في الموصى به والنظر في جنسه وقدره

أما جنسه فإنهم اتفقوا على جواز الوصية في الرقاب ، واختلفوا في المنافع فقال جمهور فقهاء الأمصار : ذلك جائز ؛ وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر : الوصية بالمنافع باطلة . وعمدة الجمهور أن المنافع في معنى الأموال . وعمدة الطائفة الثانية أن المنافع منتقلة إلى ملك الموارث ، لأن الميت لا ملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره ، وإلى هذا القول ذهب أبو عمر بن عبد البر . وأما القدر فإن العلماء اتفقوا على أنه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة . واختلفوا فيما لم يترك ورثة وفي القدر المستحب منها ، هل هو الثلث أو دونه ؟ وإنما صار الجميع إلى أن الوصية لا تجوز في أكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم « أنه عاد سعد بن أبي وقاص فقال له يا رسول الله : قد بلغ مني الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي ، أفأتصدق بثلثي مالي ؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ، فقال له سعد : فالشطر ؟ قال : لا ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الثلثُ والثلثُ كثيرٌ إنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَسِيرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » فصار الناس لمكان هذا الحديث إلى أن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث ، واختلفوا في المستحب من ذلك ، فذهب قوم إلى أنه ما دون الثلث ، لقوله عليه الصلاة والسلام . في هذا الحديث « والثلث كثير » وقال بهذا كثير من السلف . قال قتادة : أوصى أبو بكر بالخمس ، وأوصى عمر بالربع ، والخمس أحب إلى . وأما من ذهب إلى أن المستحب هو الثلث فإنهم اعتمدوا على ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إِنَّ اللَّهَ جَعَلَ لَكُمْ فِي الْوَصِيَّةِ ثُلُثًا أَمْوَالِكُمْ »

زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ» ، وهذا الحديث ضعيف عند أهل الحديث . وثبت عن ابن عباس أنه قال : لو غص الناس في الوصية من الثلث إلى الربع لكان أحب إلى ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الثلث والثلث كثير » . وأما اختلافهم في جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له ، فإن مالكا لا يجيز ذلك والأوزاعي ، واختلف فيه قول أحمد ، وأجاز ذلك أبو حنيفة وإسحاق ، وهو قول ابن مسعود . وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعمة التي عليه بها الشارع أم ليس بنخاص ، وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكففون الناس . كما قال عليه الصلاة والسلام « إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » فمن جعل هذا السبب خاصا وجب أن يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ، ومن جعل الحكم عبادة وإن كان قد علل بعمة ، أو جعل جميع المسلمين في هذا المعنى بمنزلة الورثة قال : لا تجوز الوصية بإطلاق بأكثر من الثلث .

المقول في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية

والوصية بالجملة هي هبة للرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به ، وهذا العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق ، أعني أن للموصي أن يرجع فيما أوصى به ، إلا المذهب فإنهم اختلفوا فيه على ما سيأتي في كتاب التدبير ، وأجمعوا على أنه لا يجب للموصي له إلا بعد موت الموصي . واختلفوا في قبول الموصي له هل هو شرط في صحتها أم لا ؟ فقال مالك : قبول الموصي له إياها شرط في صحة الوصية ؛ وروى عن الشافعي أنه ليس القبول شرطا في صحتها ، ومالك شبهها بالهبة .

المقول في الأحكام

وهذه الأحكام منها لفظية ، ومنها حسابية ، ومنها حكومية . فمن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم في حكم من أوصى بثلاث ماله لرجل وعين ما أوصى له به في ماله مما هو الثلث ، فقال الورثة : ذلك الذي عين أكثر من الثلث ، فقال مالك : الورثة يخبرون بين أن يعطوه ذلك الذي عينه الموصي أو يعطوه

الثالث من جميع مال الميت ؛ وخالفه في ذلك أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وأحمد
 حوادي . وعلمتهم أن للوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصى وقبوله
 إليها باتفاق ، فكيف ينقل عن ملكه ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير
 الوصية . وعمدة مالك إمكان صدق الورثة فيما ادعوه ، وما أحسن ما رأى
 أبو عمر بن عبد البر في هذه المسئلة ، وذلك أنه قال : إذا ادعى الورثة ذلك
 كلفوا بيان ما ادعوا ، فإن ثبت ذلك أخذ منه الموصى له قدر الثلث من ذلك
 الشيء الموصى به وكان شريكا للورثة ، وإن كان الثلث فأقل جبروا على
 إخراجه ، وإذا لم يختلفوا في أن ذلك الشيء الموصى به هو فرق الثلث ، فعند
 مالك أن الورثة يخبرون بين أن يدفعوا إليه ما وصى له به ، أو يفرجوا له عن
 جميع ثلث مال الميت ، إما في ذلك الشيء بعينه ، وإما في جميع المال على
 اختلاف الرواية عن مالك في ذلك ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : له ثلث تلك
 العين ويكون بباقي شريكا للورثة في جميع ما ترك الميت حتى يستوفي تمام الثلث .
 وسبب الخلاف أن الميت لما تعدى في أن جعل وصيته في شيء بعينه ، فهل
 الأعدل في حق الورثة أن يخبروا بين إمضاء الوصية أو يفرجوا له إلى غاية
 ما يجوز للميت أن يخرج عنهم من ماله أو يبطل التعدي ويعود ذلك الحق
 مشتركا ، وهذا هو الأولى إذا قلنا إن التعدي هو في التعيين لكونه أكثر من
 الثلث ، أعني أن الواجب أن يسقط التعيين . وإما أن يكلف الورثة أن يمسوا
 التعيين أو يتخاوا عن جميع الثلث فهو حمل عليهم . ومن هذا الباب اختلافهم
 فيمن وجبت عليه زكاة فوات ولم يوص بها وإذا وصى بها فهل هي من الثلث ،
 أو من رأس المال ؟ فقال مالك : إذا لم يوص بها لم يلزمه الورثة إخراجها ،
 وقال الشافعي : يلزم الورثة إخراجها من رأس المال ، وإذا وصى بها ؛ فعند
 مالك يلزم الورثة إخراجها وهي عنده من الثلث ، وهي عند الشافعي في الوجهين
 من رأس المال شبهها بالدين أقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « فَنَدَّيْنُ »
 الله أحقُّ أن يُنْبَضَّيَ » وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ،
 ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية بإخراجها بعد الموت ، ولا خلاف
 أنه لو أخرجها في الحياة أنها من رأس المال . ولو كان في السياق ، وكأن مالكا
 اتهمه هنا على الورثة ، أعني في توصيته بإخراجها ، قال : ولو أجز هذا لحاز

للإنسان أن يؤخر جميع زكاته طول عمره إذا دنا من الموت وصى بها فإذا زاحت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ما هو أضعف منها ؛ وقال أبو حنيفة : هي وسائر الوصايا سواء ، يريد في الخاصة . واتفق مالك وجميع أصحابه على أن الوصايا التي يضيّق عنها الثلث إذا كانت مستوية أنها تتخاصّ في الثلث ، وإذا كان بعضها أهم من بعض قدم الأهم . واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم . ومن مسائلهم الحسابية المشهورة في هذا الباب إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلاثيه وردّ للورثة الزائد ، فعند مالك والشافعي أنهما يقتسمان الثلث بينهما أخماسا ؛ وقال أبو حنيفة : بل يقتسمان الثلث بالسوية . وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في القسمة كما يسقط في نفسه بإسقاط الورثة ؟ فن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة إذ كان مشاعا قال : يقتسمون المال أخماسا ؛ ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معينا قال : يقتسمون الباقي على السواء . ومن مسائلهم اللفظية في هذا الباب إذا أوصى بجزء من ماله ولمال يعلم به ومال لا يعلم به ، فعند مالك أن الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم ، وعند الشافعي تكون في المالين . وسبب الخلاف هل اسم المال الذي نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم ، أو ما علم فقط ؟ والمشهور عن مالك أن المدبر يكون في المالين إذا لم يخرج من المال الذي يعلم . وفي هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة إلى هذه الثلاثة الأجناس ، ولخلاف بينهم أن للرجل أن يوصى بعد موته بأولاده وأن هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكلية التي للإمام أن يوصى بها .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الفرائض

والنظر في هذا الكتاب ، فيمن يرث ، وفيمن لا يرث . ومن يرث هل يرث دائما ، أو مع وارث دون وارث ؛ وإذا ورث مع غيره فكيف يرث وكذلك إذا ورث وحده كم يرث ؟ وإذا ورث مع وارث ، فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث أو لا يختلف ؟ . والتعليم في هذا يمكن على وجوه كثيرة قد سلك أكثرها أهل الفرائض ، والسيد الخاضرة في ذلك بأن يذكر حكم

جنس جنس من أجناس الورثة إذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الأجناس الباقية ، مثال ذلك أن ينظر إلى الولد إذا انفرد كم ميراثه ، ثم ينظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين . فأما الأجناس الوارثة فهي ثلاثة : ذو نسب وأصهار ، وموالى . فأما ذوو النسب ، فمنها متفق عليها ، ومنها يختلف فيها . فأما المتفق عليها فهي الفروع : أعني الأولاد ، والأصول : أعني الآباء والأجداد ذكورا كانوا أو إناثا ، وكذلك الفروع المشاركة للميت في الأصل الأدنى : أعني الإخوة ذكورا أو إناثا ، أو المشاركة الأدنى أو الأبعد في أصل واحد وهم الأعمام وبنو الأعمام ، وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط ، وهؤلاء إذا نصبا وكانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة ؛ أما الرجال : فالابن وابن الابن وإن سفل والأب والجد وأبو الأب وإن علا والأخ من أى جهة كان : أعني للأُم والأب أو لأحدهما وابن الأخ وإن سفل والعم وابن العم وإن سفل والزوج وولى النعمة . وأما النساء : فالابنة وابنة الابن وإن سفل والأُم والجددة وإن علت والأخت والزوجة والمولاة . وأما المختلف فيهم فهم ذوو الأرحام ، وهم من لا فرض لهم في كتاب الله ولا هم عصبة ، وهم بالجملة بنو البنات وبنات الإخوة وبنو الأخوات وبنات الأعمام والعم أخو الأب للأُم فقط وبنو الإخوة للأُم والعمات والخالات والأخوال ؛ فذهب مالك والشافعي وأكثر فقهاء الأمصار وزيد بن ثابت من الصحابة إلى أنه لا ميراث لهم ؛ وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة العلماء من سائر الآفاق إلى توريتهم . والذين قالوا بتوريتهم اختلفوا في صفة توريتهم ؛ فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى توريتهم على ترتيب العصبات ، وذهب سائر من ورثهم إلى التنزيل ، وهو أن ينزل كل من أدلى منهم ببنى سهم أو عصبة بمنزلة السبب الذى أدلى به . وعمدة مالك ومن قال بقوله أن الفرائض لما كانت لا مجال للقياس فيها كان الأصل أن لا يثبت فيها شيء إلا بكتاب أو سنة ثابتة أو إجماع ، وجميع ذلك معدوم في هذه المسئلة . وأما الفرقة الثانية ، فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى - وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَنَاتُهُمْ أُولَىٰ بِمَنْعٍ - وقوله تعالى - لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ - واسم القرابة ينطلق على ذوى الأرحام ، ويرى

المخالف أن هذه مخصوصة بآيات المواريث . وأما السنة فاحتجوا بما خرجه
الترمذى عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أبى عبيدة أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال « الله ورسوله مؤلى من لا مؤلى له » ، والحال وأرث
من لا وأرث له » . وأما من طريق المعنى فإن القدماء من أصحاب أبى حنيفة
قالوا : إن ذوى الأرحام أولى من المسلمين لأنهم قد اجتمع لهم سببان :
القربة والإسلام ، فأشبهوا تقديم الأخ الشقيق على الأخ للأب ، أعنى أن من
اجتمع له سببان أولى ممن له سبب واحد . وأما أبوزيد ومتأخرو أصحابه
فشبهوا الإرث بالولاية وقالوا : لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن
للديت عند فقد أصحاب الفروض والعصبات لذوى الأرحام وجب أن يكون
لهم ولاية الإرث ، وللفريق الأول اعتراضات فى هذه المقاييس فيها ضعف .
وإذ قد تقرر هذا فلنشرع فى ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين ، ونذكر
من ذلك ما يجرى مجرى الأصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها .
(ميراث الصلب) وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والدهم ووالدتهم
إن كانوا ذكورا وإناثا معا هو أن للذكر منهم مثل حظ الأنثيين ، وأن الابن
الواحد إذا انفرد فله جميع المال ، وأن البنات إذا انفردن فكانت واحدة أن
لها النصف ، وإن كن ثلاثا فما فوق ذلك فلهن الثلثان . واختلفوا فى الاثنتين
فذهب الجمهور إلى أن لهما الثلثين ، وروى عن ابن عباس أنه قال : للبنتين
النصف . والسبب فى اختلافهم تردد المفهوم فى قوله تعالى - فإن كن نساءً
فوق اثنتين فلهن ثلث ما ترك - هل حكم الاثنتين المسكوت عنه
ياحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة ؟ والأظهر من بلب دليل الخطاب أنهما
لاحقان بحكم الواحدة ؛ وقد قيل إن المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور
وقد روى عن ابن عبد الله بن محمد بن عقیل عن حاتم بن عبد الله وعن جابر
« أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى البنين الثلثين » قال فيما أحسب أبو عمر
ابن عبد البر وعبد الله بن عقیل : قد قبل جماعة من أهل العلم حديثه وخالفهم
آخرون . وسبب الاتفاق فى هذه الجملة قوله تعالى - يوصيكم الله فى أولادكم
للذكر كثر مثل حظ الأنثيين - إلى قوله - وإن كانت واحدة ذنبا
النصف - وأجمعوا من هذا الباب على أن بنى البنين يقومون مقام البنين عند فقد

البنين يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون ، إلا شيء روى عن مجاهد أنه قال : ولد الابن لا يحجبون الزوج من النصف إلى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع إلى الثمن ، ولا الأم من الثلث إلى السدس . وأجمعوا على أنه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب إذا استكمل بنات المتوفى الثلثين . واختلفوا إذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن في مرتبتين أو أبعد منهن ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : إنه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين ، وبه قال على رضي الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة ، وذهب أبو ثور وداود أنه إذا استكمل البنات الثلثين أن الباقي لابن الابن دون بنات الابن كن في مرتبة واحدة مع الذكر أو فوقه أو دونه . وكان ابن مسعود يقول في هذه - للذكر مثل حظ الأنثيين - إلا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس فلا تعطى إلا السدس . وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى - يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين - وأن ولد الولد ولد من طريق المعنى ، وأيضا لما كان ابن الابن يعصب من في درجته في جملة المال فواجب أن يعصب في الفاضل من المال : وعمدة داود وأبي ثور حديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اقْسِمُوا الْمَالَ بَيْنَ أَهْلِ الْقَرَائِصِ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ » ، فَمَا أَبْقَتِ الْقَرَائِصُ فَيَأْخُذُ رَجُلٌ ذَكَرًا ، ومن طريق المعنى أيضا أن بنت الابن لما لم ترث مفردة من الفاضل عن الثلثين كان أحري أن لا ترث مع غيرها ، وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر في الترجيح . وأما قول ابن مسعود فبنى على أصله في أن بنات الابن لما كن لا يرثن مع عدم الابن أكثر من السدس لم يجب لمن مع الغير أكثر مما يجب لمن مع الانفراد ، وهي حجة قريبة من حجة داود ، والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبن كان في درجتهن أو أطرف منهن . وشذ بعض المتأخرين فقال : لا يعصبن إلا إذا كان في مرتبتين ، وجمهور العلماء على أنه إذا ترك المتوفى بنتا لصلب وبنت ابن أو بنات ابن ليس معهن ذكر أن لبنات الابن السدس بكلمة الثلثين ، وخالف الشيعية في ذلك فقالت : لا ترث بنت الابن مع البنت شيئا كالحال في ابن الابن مع

الابن ، فالاختلاف في بنات الابن في موضعين : مع بنى الابن ، ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف . فالتحصيل فيهن إذا كن مع بنى الابن أنه قيل يرثن ، وقيل لا يرثن ؛ وإذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصيا مطلقا ، وقيل يرثن تعصيا إلا أن يكون أكثر من السدس ؛ وإذا قيل يرثن فقيل أيضا إذا كان ابن الابن في درجتهم وقيل كيفما كان ، والمتحصل في وراثتهم مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف إلى تكملة الثلثين قيل يرثن ، وقيل لا يرثن .

(ميراث الزوجات) وأجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته إذا لم تترك ولدا ولا ولد ابن النصف ذكرا كان الولد أو أنثى ، إلا ما ذكرنا عن مجاهد ، وأنها إن تركت ولدا فله الربع ، وأن ميراث المرأة من زوجها إذا لم يترك أزواج ولدا ولا ولد ابن الربع ، فإن ترك ولدا أو ولد ابن فالثلث ، وأنه ليس يحجبهن أحد عن الميراث ولا ينقصهن إلا الولد ، وهذا لورود النص في قوله تعالى - وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ - الآية :

(ميراث الأب والأم) وأجمع العلماء على أن الأب إذا انفرد كان له جميع المال ، وأنه إذا انفرد الأبوان كان للأب الثلث وللأب الباقي لقوله تعالى - وَوَرِثَةُ أَبَوَاهُ فَلِلأُمِّهِ الثُّلُثُ - وأجمعوا على أن فرض الأبوين من ميراث ابنهما إذا كان لابن ولد أو ولد ابن السدسان ، أعنى أن لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى - وَلَآ بُيُوتَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ - والجمهور على أن الولد هو الذي ذكر دون الأنثى وخالفهم في ذلك من شذ ؛ وأجمعوا على أن الأب لا ينقص مع ذوى الفرائض من السدس وله ما زاد ؛ وأجمعوا من هذا الباب على أن الأم يحجبها الإخوة من الثلث إلى السدس لقوله تعالى - فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِلأُمِّهِ السُّدُسُ - . واختلقوا في أقل ما يحجب الأم من الثلث إلى السدس من الإخوة ، فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود إلى أن الإخوة الحاجبين هما اثنان فصاعدا ، وبه قال مالك وذهب ابن عباس إلى أنهم ثلاثة فصاعدا ، وأن الاثنين لا يحجبان الأم ، من الثلث إلى السدس ، والخلاف آيل إلى أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ؛ فمن

قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ثلاثة قال: الإخوة الحاجبون ثلاثة فما فوق ؛
ومن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان قال : الإخوة الحاجبون هما اثنان
أعنى في قوله تعالى - فإن كان له إخوة - ولا خلاف أن الذكر والأُنثى
يدخلان تحت اسم الإخوة في الآية وذلك عند الجمهور . وقال بعض المتأخرين
لأنقل الأم من الثلث إلى السدس بالأخوات المنفردات ، لأنه زعم أنه ليس
ينطلق عليهن اسم الإخوة إلا أن يكون معهن أخ لموضع تغليب المذكر على
المؤنث ، إذ اسم الإخوة هو جمع أخ ، والأخ مذكر . واختلفوا من هذا الباب
فبمن يرث السدس الذي تحجب عنه الأم بالإخوة ، وذلك إذا ترك المتوفى
أبوين وإخوة ، فقال الجمهور : ذلك السدس للأب مع الأربعة الأسداس .
وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للإخوة الذين حجبا ، وللأب الثلثان
لأنه ليس في الأصول من يحجب ولا يأخذ ما يحجب إلا الإخوة مع الآباء ،
وضعف قوم الإسناد بذلك عن ابن عباس ، وقول ابن عباس هو القياس .
واختلفوا من هذا الباب في التي تعرف بالفرأوين ، وهى فيمن ترك زوجة
وأبوين ، أو زوجا وأبوين ؛ فقال الجمهور : في الأولى للزوجة الربع ، وللأم
ثلث ما بقى ، وهو الربع من رأس المال ، وللأب ما بقى وهو النصف ،
وقالوا في الثانية : للزوج النصف وللأم ثلث ما بقى وهو السدس من رأس
المال ، وللأب ما بقى وهو السدسان ، وهو قول زيد والمشهور من قول على
رضي الله عنه . وقال ابن عباس في الأولى : للزوجة الربع من رأس المال ،
وللأم الثلث منه أيضا لأنها ذات فرض ، وللأب ما بقى لأنه عاصب ؛ وقال
أيضا في الثانية : للزوج النصف ، وللأم الثلث لأنها ذات فرض مسمى ،
وللأب ما بقى ، وبه قال شريح القاضي وداود وابن سيرين وجماعة . وعمدة
الجمهور أن الأب والأم لما كانا إذا انفردا بالمال كان للأم الثلث وللأب
الباقى ، وجب أن يكون الحال كذلك فيما بقى من المال ، كأنهم رأوا أن
يكون ميراث الأم أكثر من ميراث الأب خروجا عن الأصول . وعمدة الفريق
الآخر أن الأم ذات فرض مسمى والأب عاصب ، والعاصب ليس له فرض
محدود مع ذى الفروض ، بل يقل ويكثر ، وما عليه الجمهور من طريق

التعالم أظهر ، وما عليه الفريق الثانى مع عدم التعليل أظهر ، وأعنى بالتعليل ههنا أن يكون أحق سببى الإنسان أولى بالإيثار : أعنى الأب من الأم .

(ميراث الإخوة للأم) وأجمع العلماء على أن الإخوة للأم إذا انفرد الواحد منهم أن له السدس ذكرا كان أو أنثى وأنهم إن كانوا أكثر من واحد فهم شركاء فى الثلث على السوية ، للذكر منهم مثل حظ الأنثى سواء . وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة : وهم الأب والجد أبو الأب وإن علا ، والبنون ذكورهم وإنثاهم ، وبنو البنين وإن سفلوا ذكورهم وإنثاهم ، وهذا كله لقوله تعالى - « وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ - الآية ، وذلك أن الإجماع انعقد على أن المقصود بهذه الآية هم الإخوة للأم فقط ، وقد قرئ « وله أخ أو أخت من أمه » وكذلك أجمعوا فيما أحسب ههنا على أن الكلاله هى فقد الأصناف الأربعة التى ذكرنا من النسب : أعنى الآباء والأجداد والبنين وبنى البنين .

(ميراث الإخوة للأب والأم أو للأب) وأجمع العلماء على أن الإخوة للأب والأم أو للأب فقط يرثون فى الكلاله أيضا . أما الأخت إذا انفردت فإن لها النصف وإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان ، كالحال فى البنات ، وأنهم إن كانوا ذكورا وإنثا فللذكر مثل حظ الأنثيين كحال البنين مع البنات ، وهذا لقوله تعالى - « يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فى الكَلَالَةِ - إلا أنهم اختلفوا فى معنى الكلاله ههنا فى أشياء وانفقوا منها فى أشياء يأتى ذكرها إن شاء الله تعالى ، فمن ذلك أنهم أجمعوا من هذا الباب على أن الإخوة للأب والأم ذكرانا كانوا أو إنثا أنهم لا يرثون مع الولد الذكر شيئا ، ولا مع ولد الولد ولا مع الأب شيئا . واختلفوا فيما سوى ذلك ؛ فمنها أنها اختلفوا فى ميراث الإخوة للأب والأم مع البنت أو البنات ، فذهب الجمهور إلى أنهن عصبة يعطون ما فضل عن البنات ، وذهب داود بن على الظاهرى وطائفة إلى أن الأخت لا ترث مع البنت شيئا . وعمدة الجمهور فى هذا الحديث ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى ابنة وابنة ابن وأخت « إِنْ لِلْبَيْنَتِ النَّصْفُ وَلَا بِنْتُ الْإِبْنِ السُّدُسُ - تَكْمِلَةُ الثَّلَاثِينَ وَمَا بَقِيَ فَلِلْأُخْتِ » .

وأيضاً من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الإخوة مع البنات ، فكذاك الأخوات . وعمدة الفريق الآخر ظاهر قوله تعالى - « إِنَّ أَمْرَهُمْ هَكَذَا لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَكِنَّ أُخْتَهُ » - فلم يجعل للأخت شيئاً إلا مع عدم الولد ، والجمهور حملوا اسم الولد ههنا على المذكور دون الإناث . وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الإخوة للأب والأم يوجبون الإخوة للأب عن الميراث قياساً على بنى الأبناء مع بنى الصواب . قال أبو عمر : وقد روى ذلك في حديث حسن من رواية الأحاد العدول . عن علي رضي الله عنه قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أعيان بنى الأم يتوارثون دون بنى العلات » وأجمع العلماء على أن الإخوات للأب والأم إذا استكملن الثلثين فإنه ليس للأخوات للأب معهن شيء كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب ، وأنه إن كانت الأخت للأب والأم واحدة فلا أخوات للأب ما كن بقية الثلثين وهو السدس . واختلفوا إذا كان مع الأخوات للأب ذكر ، فقال الجمهور : يعصبن ويتقسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين ، كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب ؛ واشترط مالك أن يكون في درجتهم ؛ وقال ابن مسعود : إذا استكمل الأخوات الشقائق الثلثين فالباقي للذكر من الإخوة للأب دون الإناث ، وبه قال أبو ثور ، وخالفه داود في هذه المسئلة ، مع موافقته له في مسئلة بنات الصواب وبنى البنين ، فإن لم يستكملن الثلثين ، فللمذكر عنده من بنى الأب مثل حظ الأنثيين ، إلا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس كالحال في بنت الصلب مع بنى الابن . وأدلة الفريقين في هذه المسئلة هي تلك الأدلة بأعيانها . وأجمعوا على أن الإخوة للأب يقوون مقام الإخوة للأب والأم عند فقدهم ، كالحال في بنى البنين مع البنين ، وأنه إذا كان معهن ذكر عصبن ، بأن يبدأ بمن له فرض مسمى ، ثم يرثون الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين كالحال في البنين إلا في موضع واحد وهي الفريضة التي تعرف بالمشركة ، فإن العلماء اختلفوا فيها ، وهي امرأة توثيت وتركت زوجها وأُمها وإخوتها لأمها وإخوتها لأبيها وأُمها . فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف ولأم السدس وللإخوة للأم الثلث ، فيستغرون المال فيبقى الإخوة للأب والأم بلا شيء ، فكانوا يشركون الإخوة للأب والأم

حتى الثالث مع الإخوة للأم يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين : وبالتشريك
تقال من فقهاء الأمصار مالك والشافعي والثوري . وكان على رضى الله عنه
وأبي بن كعب وأبو موسى الأشعري لا يشركون إخوة الأب والأم في الثالث
مع إخوة الأم في هذه الفريضة ، ولا يوجبون لهم شيئا فيها ، وقال به من
فقهاء الأمصار : أبو حنيفة وابن أبي ليلى وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة .
وحجة الفريق الأول أن الإخوة للأب والأم يشاركون الإخوة للأم في السبب
الذى به يستوجبون الإرث وهى الأم فوجب أن لا ينردوا به دونهم ، لأنه إذا
اشتركوا في السبب الذى به يورثون وجب أن يشتركوا في الميراث : وحجة
الفريق الثانى أن الإخوة الشقائق عصبة ، فلا شيء لهم إذا أحاطت فرائض
ذوى السهام بالميراث . وعمدتهم باتفاق الجميع على أن من ترك زوجا وأما
وأخا واحدا للأم وإخوة شقائق عشرة أو أكثر أن الأخ للأم يستحق ههنا
للأسدس كاملا ، والأسدس الباقي بين الباقيين مع أنهم مشاركون له في الأم .
فحسب الاختلاف في أكثر مسائل الفرائض هو تعارض المقاييس واشتراك الألفاظ
فيما فيه نص .

(ميراث الجدة) وأجمع العلماء على أن الأب يحجب الجدة وأنه يقوم مقام
الأب عند علم الأب مع البنين وأنه عاصب مع ذوى الفرائض : واختلفوا
هل يقوم مقام الأب في حجب الإخوة الشقائق ، أو حجب الإخوة للأب ؟
فذهب ابن عباس وأبو بكر رضى الله عنهما وجماعة إلى أنه يحجبهم ، وبه قال
أبو حنيفة وأبو ثور والمزنى وابن سريج من أصحاب الشافعي وداود وجماعة .
واتفق على بن أبي طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على
توريث الإخوة مع الجدة ، إلا أنهم اختلفوا في كيفية ذلك على ما أقوله بعد .
وعمدة من جعل الجدة بمنزلة الأب اتفقا في المعنى ، أعنى من قبل أن كليهما
أب للميت ، ومن اتفقا في كثير من الأحكام التى أجمعوا على اتفاقهما فيها
حتى إنه قد روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : أما يتقن الله زيد
ابن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ، ولا يجعل أب الأب أبا . وقد أجمعوا على أنه
مثله في أحكام آخر سوى الفروض ، منها أن شهادته لحفيده كشهادة الأب
وأن الجدة يعتق على حفيده كما يعتق الأب على الابن ، وأنه لا يقتص له من

جد كما لا يتنص له من أب . وعمدة من ورث الأخ مع الجدة أن الأخ أقرب إلى الميت من الجدة ، لأن الجدة أبو أبي الميت ، والأخ ابن أبي الميت ، والابن أقرب من الأب . وأيضا فما أجمعوا عليه من أن ابن الأخ يقلم على العم ، وهو يدلى بالأب ، والعم يدلى بالجدة . فبسبب الخلاف تعارض القياس في هذا الباب . فإن قيل : فأى القياسين أرجح بحسب النظر الشرعى ؟ قلنا : قياس من مساوى بين الأب والجدة ، فإن الجدة أب في المرتبة الثانية أو الثالثة ، كما أن ابن الابن ابن في المرتبة الثانية أو الثالثة ، وإذا لم يحجب الابن الجدة وهو يحجب الإخوة فالجدة يجب أن يحجب من يحجب الابن ، والأخ ليس بأصل للميت ولا فرع ، وإنما هو مشارك له في الأصل ، والأصل أحق بالشئ من المشارك له في الأصل ، والجدة ليس هو أصلا للميت من قبل الأب بل هو أصل لأصله ، والأخ يرث من قبل أنه فرع لأصل الميت ، فالذى هو أصل لأصله أولى من الذى هو فرع لأصله ، ولذلك لامعنى لقول من قال إن الأخ يدلى بالبنوة ، والجدة يدلى بالأبوة ، فإن الأخ ليس ابنا للميت وإنما هو ابن أبيه ، والجدة أبو الميت ، والبنوة إنما هى أقوى في الميراث من الأبوة في الشخص الواحد بعينه أعنى الموروث ، وأما البنوة التى تكون لأب موروث ، فليس يلزم أن تكون في حق الموروث أقوى من الأبوة التى تكون لأب الموروث ، لأن الأبوة التى لأب الموروث هى أبوة ما للموروث : أعنى بعيدة ، وليس البنوة التى لأب الموروث بنوة ما للموروث لاقربية ولا بعيدة ، فمنه قال الأخ أحق من الجدة ، لأن الأخ يدلى بالشئ الذى من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الأب والجدة يدلى بالأبوة هو قول غلط مخيل ، لأن الجدة أب مآ ، وليس الأخ ابنا ما . وبالحكمة الأخ لاحق من لواحق الميت ، وكأنه أمر عارض والجدة سبب من أسبابه ، والسبب أملك للشئ من لاحقه . واختلف الذين ورثوا الجدة مع الإخوة في كيفية ذلك : فتحصيل مذهب زيد في ذلك أنه لا يخلو أن يكون معه سوى الإخوة ذو فرض مسمى أو لا يكون ، فإن لم يكن معه ذو فرض مسمى أعطى الأفضل له من اثنين ، إما ثلث المال ، وإما أن يكون كواحد من الإخوة الذكور ، وسواء كان الإخوة ذكرا أو إناثا أو الأمرين جميعا فهو مع الأخ الواحد يقاسمه المال ، وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والأربعة

يأخذ الثلث ، وهو مع الأخت الواحدة إلى الأربع يتقاسمون للذكر مثل حظ الأنثيين ، ومع الخمس أخوات له الثابث - ، لأنه أفضل له من لقسمة ، فهذه هي حاله مع الإخوة فقط دون غيرهم . وأما إن كان معهم ذوفرض مسمى فلمنه يبدأ بأهل الفروض فيأخذون فروضهم ، فما بقي أعطى الأنضل له من ثلاث : إما ثلث ما بقي بعد حظوظ ذوى الفرائض ، وإما أن يكون بمنزلة ذكر من الإخوة ، وإما أن يعطى السدس من رأس المال لا ينقص منه ، ثم ما بقي يكون للإخوة للذكر مثل حظ الأنثيين في الأكدرية على ماسنذكر مذبه فيها مع سائر مذاهب العلماء : وأما على رضى الله عنه فكان يعطى الجلد الأخطى له من السدس أو المقاتمة ، وسواء كان مع الجلد والإخوة غيرهم من ذوى الفرائض أو لم يكن ، وإنما لم ينقصه من السدس شيئا ، لأنهم لما أجمعوا أن الأبناء لا ينقصونه منه شيئا كان أخرى أن لا ينقصه الإخوة . وعملة قول زيد أنه لما كان يحجب الإخوة للأُم فلم يحجب عما يجب لهم وهو الثالث ، ويقول زيد قال مالك والشافعي والثوري وجماعة ، ويقول على رضى الله عنه قال أبوحنيفة . وأما الفريضة التي تعرف بالأكدرية وهي امرأة توفيت وتركت زوجا وأما وأختا شقيقة وجدا فإن العلماء اختلفوا فيها ، فكان عمر رضى الله عنه وابن سعود يعطيان للزوج النصف وللأم السدس وللأخت النصف وللجد الساس ، وذلك على جهة العول . وكان على بن أبي طالب رضى الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس فريضة ، إلا أن زيدا يجمع سهم الأخت والجد ، فيقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد ، وضعف الجميع التشريك الذي قال به زيد في هذه الفريضة ، ويقول زيد قل مالك ، وقيل إنما سميت الأكدرية لتكدر قول زيد فيها ، وهذا كله على مذهب من يرى العول ، وبالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الأمصار ، إلا ابن عباس فإنه روى عنه أنه قال : أعال الفرائض عمر بن الخطاب ، وأيم الله لو قدم من قدم الله وأخر من أخر الله ما عالت فريضة ، قيل له : وأياها قدم الله ، وأياها أخر الله ؟ قال : كل فريضة لم يهبطها الله عز وجل عن موحها إلا إلى فريضة أخرى فهي ما قدم الله ، وكل فريضة إذا زالت عن فرضها لم يكن لها إلا ما بقي فتلك التي أخر الله

خالأول مثل الزوجة والأم ، والمتأخر مثل الأخوات والبنات ، قال : فإذا اجتمع الصنفان بدئى من قدم الله ، فإن بقى شىء فلمن أضر الله ، وإلا فلا شىء له ، قيل له : فهلا قلت هذا القول لعمر : قال : هيته . وذهب زيد إلى أنه إذا كان مع الجد والإخوة الشقائق لإخوة لأب ، أن الإخوة الشقائق يعادون الجد بالإخوة للأب ، فيمنعونهم كثرة الميراث ، ولا يرثون مع الإخوة الشقائق . شيئا إلا أن يكون الشقائق أختا واحدة ، فإنها تعادى الجد بأخوتها للأب ما بينهما ، وبين أن تستكمل ذريعتها وهى النصف ، وإن كان فيما يحاز لها وإخوتها لأبيها فضل من نصف رأس المال كله ، فهو لإخوتها لأبيها للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن لم يفضل شىء على النصف فلا ميراث لهم ، فأما على رضى الله عنه فكان لا يلتفت هنا للإخوة للأب للإجماع ، على أن الإخوة الشقائق يحبونهم ، ولأن هذا الفعل أيضا مخالف الأصول ، أعنى أن يحتسب بمن لا يرث ، واختلف الصحابة رضى الله عنهم من هذا الباب فى الفريضة التى تدعى الحرقاء ، وهى أم وأخت وجد على خمسة أقوال . فذهب أبو بكر رضى الله عنه وابن عباس إلى أن للأُم الثلث والباقي للجد وحججوا به الأخت ، وهذا على رأيهم فى إقامة الجد مقام الأب . وذهب على رضى الله عنه إلى أن للأُم الثلث وللأخت النصف وما بقى للجد . وذهب عثمان إلى أن للأُم الثلث وللأخت الثلث وللجد الثلث ، وذهب ابن مسعود إلى أن للأخت النصف وللجد الثلث وللأم السدس ، وكان يقول معاذ الله أن أفضل أما على جد ، وذهب زيد إلى أن للأُم الثلث وما بقى بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين .

(ميراث الجدات) واجمعوا على أن للجددة أم الأم السدس مع عدم الأم ، وأن للجددة أيضا أم الأب عند فقد الأب السدس ، وإن اجتمعا كان السدس بينهما . واختلفوا فيما سوى ذلك ؛ فذهب زيد وأهل المدينة إلى أن للجددة أم الأم يفرض لها السدس فريضة ، فإذا اجتمعت الجدتان كان السدس بينهما إذا كان قعددهما سواء ، أو كانت أم الأب أقعد ، فإن كانت أم الأم أقعد : أى أقرب إلى الميت كان لها السدس ، ولم يكن للجددة أم الأب شىء ، وقد روى عنه

(١) هكذا هذه العبارة بالأصول ، وليتظر ما معناها اه مصححه .

أيهما أقعد كان لها السدس ، وبه قال على رضى الله عنه ، ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة والثوري وأبو ثور ، وهؤلاء ليس يورثون إلا هاتين الجذتين المجتمع على توريثهما ، وكان الأوزاعي وأحمد يورثان ثلاث جذات واحدة من قبل الأم واثنان من قبل الأب أم الأب وأم أبي الأب : أعنى الجدة ، وكان ابن مسعود يورث أربع جذات : أم الأم وأم الأب وأم أبي الأب : أعنى الجدة وأم أبي الأم : أعنى الجدة ، وبه قال الحسن وابن سيرين : وكان ابن مسعود يشرك بين الجذات في السدس دنياهن وقصواهن ما لم تكن تحجبها بنتها أو بنت بنتها . وقد روى عنه أنه كان يسقط القصوى بالدنيا إذا كانتا من جهة واحدة . وروى عن ابن عباس أن الجدة كالأم إذا لم تكن أم ، وهوشاذ عند الجمهور ، ولكن له حظ من القياس . فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعي ، ومن قال بمذهب زيد مارواه مالك أنه قال « جاءت الجدة إلى أبي بكر رضى الله عنه تسأله عن ميراثها ، فقال أبو بكر : مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فارجمي حتى أسأل الناس ، فقال له المغيرة بن شعبة : حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه السدس ، فقال أبو بكر : هل معك غيرك ؟ فقال : محمد بن مسلمة ، فقال مثل ما قال المغيرة ، فأنفذه أبو بكر لها ، ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر ابن الخطاب تسأله ميراثها ، فقال لها : مالك في كتاب الله عز وجل شيء ، وما كان القضاء الذى قضى به إلا لغيرك ، وما أنا بزايد في الفرائض ، ولكنه ذلك السدس ، فإن اجتمعنا فيه فهو لكما ، وأيتكما انفردت به فهو لها » وروى مالك أيضا أنه أتت الجذتان إلى أبي بكر ، فأراد أن يجعل السدس للتي من قبل الأم ، فقال له رجل : أما إنك تترك التي لو ماتت وهو حي كان لها يرث ، فجعل أبو بكر السدس بينهما . قالوا : فواجب أن لا يتعدى في هذا هذه السنة وإجماع الصحابة . وأما عمدة من ورث الثلاث جذات فحديث ابن عبيدة عن منصور عن إبراهيم « أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جذات : اثنتين من قبل الأب ، وواحدة من قبل الأم » وأما ابن مسعود فعمدته القياس في تشبيهها بالجدة للأب لكن الحديث يعارضه . واختلفوا هل يحجب الجدة للأب ابنها وهو الأب ؛ فذهب زيد إلى أنه

يحب ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وداود ؛ وقال آخرون : ترث
الجدة مع ابنها ، وهو مروى عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة ، وبه
قال شريح وعطاء وابن سيرين وأحمد ، وهو قول الفقهاء المصريين . وعمدة
من حجب الجددة بابنها أن الجد لما كان محجوبا بالأب وجب أن تكون الجددة
أولى بذلك . وأيضا فلما كانت أم الأم لا ترث بإجماع مع الأم شيئا كان
كذلك أم الأب مع الأب . وعمدة الفريق الثاني مروى الشعبي عن مسروق
عن عبد الله قال : أول جدة أعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم سدسا
جدة مع ابنها وابنها حتى قالوا : ومن طريق النظر لما كانت الأم وأم الأم
لا يحببن بالذكور كان كذلك حكم جميع الجدات ، وينبغي أن يعلم أن مالكا
لا يخالف زيدا إلا في فريضة واحدة ، وهي امرأة هلك وترك زوجا وأما
وإخوة لأم وإخوة لأب وأم وجدا ، فقال مالك : للزوج النصف ، وللأم
السدس وللجد ما بقي وهو الثالث ، وليس للإخوة الشقائق شيء ؛ وقال
زيد : للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، وما بقي للإخوة
الشقائق ، فخالف مالك في هذه المسئلة أصله من أن الجد لا يحبب الإخوة .
الشقائق ولا الإخوات للأب . وحجته أنه لما حجب الإخوة للأم عن الثالث .
الذى كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به . وأما زيد فعلى أصله .
في أنه لا يحببهم .

باب في الحجب

وأجمع العلماء على أن الأخ الشقيق يحبب الأخ للأب ، وأن الأخ للأب
يحبب بنى الأخ الشقيق ، وأن بنى الأخ الشقيق يحببون أبناء الأخ للأب ،
وبنو الأخ للأب أولى من بنى ابن الأخ للأب والأم ، وبنو الأخ للأب أولى
من العم أخى الأب ، وابن العم أخى الأب الشقيق أولى من ابن العم أخى الأب
للأب ، وكل واحد من هؤلاء يحببون بنينهم ، ومن حجب منهم صنفا فهو
يحبب من يحببه ذلك الصنف . وبالحملة ، أما الإخوة فالأقرب منهم يحبب
الأبعد ، فإذا استووا حجب منهم من أدلى بسببين أم وأب من أدلى بسبب
واحد وهو الأب فقط ؛ وكذلك الأعمام الأقرب منه يحبب الأبعد ، فإن

استوا حجب عنهم من يدلى منهم إلى الميت بسبيين من يدلى بسبب واحد ،
أعنى أنه يحجب العلم بأخوال الأب لأب وابن العلم الذى هو أخوال الأب لأب فقط .
وأجمعوا على أن الإخوة الشقائق والإخوة للأب يحجبون الأعمام ، لأن الإخوة
بنو أب المتوفى ، والأعمام بنو جده ، والأبناء يحجبون بنهم ، والآباء
أجدادهم ، والبنون وبنوهم يحجبون الإخوة ، والجد يحجب من فوقه من
الأجداد بإجماع ، والأب يحجب الإخوة ويحجب من تحجبه الإخوة ، والجد
يحجب الأعمام بإجماع والإخوة للأُم ، ويحجب بنو الإخوة الشقائق وبنو الإخوة
للأب ، والبنات وبنات البنين يحجبن الإخوة للأُم . واختلاف العلماء فيمن
ترك ابني عم أحدهما أخ للأُم ، فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة والثورى :
للأخ للأُم السدس من جهة ما هو أخ لأُم وهو فى باقى المال مع ابن العلم الآخر
عصبة يقتسمونه بينهم على السواء ، وهو قول على رضى الله عنه وزيد وابن
عباس ؛ وقال قوم : المال كله لابن العلم الذى هو أخ لأُم يأخذ سدسه بالأخوة
وبقيته بالتعصيب ، لأنه قد أدلى بسبيين . ومن قال بهذا القول من الصحابة
ابن مسعود ، ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبرى ، وهو قول الحسن وعطاء .
واختلف العلماء فى رد ما بقى من مال الورثة على ذوى الفرائض إذا بقيت من
المال فضلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يعصب ، فكان زيد لا يقون
بالرد ويجعل الفاضل فى بيت المال ، وبه قال مالك والشافعى ؛ وقال جل
الصحابة بالرد على ذوى الفروض ما عدا الزوج والزوجة وإن كانوا
اختلفوا فى كيفية ذلك ، وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين .
وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم ، فمن كان له نصف
أخذ النصف مما بقى ، وهكذا فى جزء جزء . وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب
أولى من قرابة الدين فقط : أى أن هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب
واحد . وهنا مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيها تعلق بأسباب الموارث
يجب أن نذكرها هنا ، فمنها أنه أجمع المسلمون على أن الكافر لا يرث المسلم لقوله
تعالى - وَلَكِنْ يَجْعَلُ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا - ولما ثبت من
قوله عليه الصلاة والسلام « لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ ، وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ »
واختلفوا فى ميراث المسلم الكافر ، وفى ميراث المسلم المرتد ، فذهب جمهور

العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار إلى أنه لا يرث المسلم الكافر بهذا الأثر الثابت ؛ وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد ابن المسيب ومسروق من التابعين وجماعة إلى أن المسلم يرث الكافر ، وشبهوا ذلك بنسائهم ، فقالوا : كما يجوز لنا أن ننكح نساءهم ولا يجوز لنا أن ننكحهم نساءنا كذلك الإرث ، ورووا في ذلك حديثا . سندا ، قال أبو عمر : وليس بالقوى عند الجمهور ، وشبهوه أيضا بالقصاص في النماء التي لا تنكافأ . وأما مال المرتد إذا قتل أو مات ، فقال جمهور فقهاء الحجاز هو لجماعة المسلمين ولا يرثه قرابته ، وبه قال مالك والشافعي وهو قول زيد من الصحابة . وقال أبو حنيفة والثوري وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضي الله عنهما . وعمدة اتفرق الأول عموم الحديث ، وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس ، وثانيهم في ذلك هو أن قرابته أولى من المسلمين لأنهم يدلون بسببين : بالإسلام والتقربة ، والمسلمون بسبب واحد ، وهو الإسلام ، وربما أكدوا بما يبق له من حكم الإسلام بدليل أنه لا يؤخذ في الحال حتى يموت فكانت حياته معتبرة في بقاء ماله على ملكه ، وذلك لا يكون إلا بأن يكون لماله حرمة إسلامية ، والملك لم يجز أن يقر على الارتداد ، بخلاف الكافر . وقال الشافعي وغيره يؤخذ بقضاء الصلاة إذا تاب من الردة في أيام الردة ، والطائفة الأخرى تقول : يوقف ماله لأن له حرمة إسلامية ، وإنما وقف رجاء أن يعود إلى الإسلام ، وأن استيجاب المسلمين لماله ليس على طريق الإرث وشدت طائفة فقالت : ماله للمسلمين عند ما يرتد ، وأظن أن أشهب ممن يقول بذلك . وأجمعوا على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضا . واختلفوا في توريث الملل المختلفة ، فذهب مالك وجماعة إلى أن أهل الملل المختلفة لا يتوارثون كاليهود والنصارى ، وبه قال أحمد وجماعة ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور والثوري وداود وغيرهم : الكفار كلهم يتوارثون ، وكان شريح وابن أبي ليلى وجماعة يجعلون الملل التي لا تتوارث ثلاثا : النصارى واليهود والصابئين ملة ، والنجوس ومن لا كتاب له ملة ، والإسلام ملة . وقد روى عن ابن أبي ليلى مثل قول مالك . وعمدة مالك ومن قال بقوله ما روى الثقات عن عمرو بن شعيب

عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يوارث أهل ملتين » .
وعمدة الشافعية والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام « لا يرث المسلم الكافر ولا
الكافر يرث المسلم » وذلك أن المفهوم من هذا بدليل الخطاب أن المسلم يرث المسلم
والكافر يرث الكافر . والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا .
واختلفوا في توريث الحملاء ، والحملاء هم الذين يتحملون بأولادهم من بلاد
الشرك إلى بلاد الإسلام ، أعنى أنهم يولدون في بلاد الشرك ثم يخرجون إلى
بلاد الإسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب ، وذلك على ثلاثة
أقوال : قول لهم يتوارثون بما يدعون من النسب ، وهو قول جماعة من التابعين
وليه ذهب إمامنا . وقول لهم لا يتوارثون إلا ببينة تشهد على أنسابهم ، وبه
قال شريح والحسن وجماعة . وقول لهم لا يتوارثون أصلاً وروى عن عمر
الثلاثة الأقوال ، إلا أن الأشهر عنه أنه كان لا يورث إلا من ولد في بلاد العرب
وهو قول عثمان وعمر بن عبد العزيز . وأما مالك وأصحابه فاختلف في ذلك
قولهم ، فمنهم من رأى أن لا يورثون إلا ببينة ، وهو قول ابن القاسم : ومنهم
من رأى أن لا يورثون أصلاً ولا بالبينة العادلة ، ومن قال بهذا القول من
أصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون ، وروى ابن القاسم عن مالك في أهل
حصن نزلوا على حكم الإسلام ، فشهد بعضهم لبعض أنهم يتوارثون ، وهذا
يتخرج منه أنهم يتوارثون بلا بينة ، لأن مالكا لا يجوز شهادة الكفار بعضهم على
بعض قال : فأما إن سبوا فلا يقبل قولهم في ذلك وبنحو هذا التفصيل قال
الكونيون والشافعية وأحمد وأبو ثور ، وذلك أنهم قالوا : إن خرجوا إلى بلاد
الإسلام وليس لأحد عليهم يد قبلت دعواهم في أنسابهم ، وأما إن أدركهم
السبي والرق فلا يقبل قولهم إلا ببينة . ففي المسئلة أربعة أقوال : اثنان طرفان ،
واثنان مفرقان . وجهور العلماء من فقهاء الأمصار ومن الصحابة على زيد
وعمر أن من لا يرث لا يحجب مثل الكافر والمملوك والقاتل عمداً ، وكان
ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون أن يورثهم أعنى بأهل الكتاب وبالعبيد .
وبالقاتلين عمداً ، وبه قال داود وأبو ثور . وعمدة الجمهور أن الحجب في معنى
الإرث وأنها متلازمان . وحجة الطائفة الثمانية أن الحجب لا يرتفع إلا بالموت .
واختلف العلماء في الذين يفقدون في حرب أو غرق أو هدم ولا يدري من

مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون إذا كانوا أهل ميراث ؟ فذهب مالك وأهل المدينة إلى أنهم لا يورث بعضهم من بعض ، وأن ميراثهم جميعا لمن بقي من قرابتهم الوارثين أول بيت المال إن لم تكن لهم قرابة ترث ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوى . وذهب على وعمر رضى الله عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكر غير الطحاوى عنه وجهور البصريين إلى أنهم يتوارثون ، وصفة توارثهم عندهم أنهم يورثون كل واحد من صاحبه في أصل ماله دون ماورث بعضهم من بعض ، أعنى أنه لا يضم إلى مال المورث ماورث من غيره ، فيتوارثون الكل على أنه مال واحد كالخال في الذين يعلم تقدم موت بعضهم على بعض ، مثال ذلك زوج وزوجة توفيا في حرب أو غرق أو هدم ولكل واحد منهما ألف درهم ، فيورث الزوج من المرأة خمسمائة درهم ، وتورث المرأة من الألف التي كانت بيد الزوج دون الخمسمائة التي ورث منها ربعها وذلك مائتان وخمسون . ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء في ميراث ولد الملاعة وولد الزنى . فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت إلى أن ولد الملاعة يورث كما يورث غير ولد الملاعة ، وأنه ليس لأمه إلا الثلث والباقي لبيت المال ، إلا أن يكون له إخوة لأم ، فيكون لهم الثلث أو تكون أمه مولاة فيكون باقى المال لمواليها ، وإلا فالباقي لبيت مال المسلمين ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ، إلا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوى الأرحام أولى من جماعة المسلمين . وأيضا على قياس من يقول بالرد يرد على الأم بقية المال ، وذهب على وعمر وابن مسعود إلى أن عصبته عصبته أمه أعنى الذين يرثونها . وروى عن علي وابن مسعود أنهم كانوا لا يجعلونه عصبته عصبته أمه إلا مع فقد الأم وكانوا ينزلون الأم بمنزلة الأب وبه قال الحسن وابن سيرين والثوري وابن حنبل وجماعة . وعمدة الفريق الأول عموم قوله تعالى - فإن لم يكن له - ولده - وورثته - أبواه - فإلامه الثلث - فقالوا : هذه أم وكل أم لها الثلث ، فهذه لها الثلث . وعمدة الفريق الثانى ما روى من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه ألحق ولد الملاعة بأمه » وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « جعل النبي صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعة لأمه ولورثته » وحديث وائلة بن الأسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم

قال « المرأة تُحْوزُ ثَلَاثَةَ أَمْوَالٍ : عَتَبَتِهَا ، وَلَقِيَتْهَا ، وَلَدَهَا الَّذِي لَاعَتَتْ عَلَيْهِ » وحديث مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك خرج جميع ذلك أبو داود وغيره . قال القاضي : هذه الآثار المصير إليها واجب لأنها قد خصصت عموم الكتاب . والجمهور على أن السنة يخصص بها الكتاب ، ولعل الفريق الأول لم تبلغهم هذه الأحاديث أو لم تصح عندهم ، وهذا القول مروى عن ابن عباس وعثمان ، وهو مشهور في الصدر الأول ، واشتهاره في الصحابة دليل على صحة هذه الآثار ، فإن هذا ليس يستنبط بالقياس ، والله أعلم .

ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين وأقر أحدهم بأخ ثالث وأنكر الثاني ؛ فقال مالك وأبو حنيفة : يجب عليه أن يعطيه حقه من الميراث يعنون المقر ، ولا يثبت بقوله نسبه ؛ وقال الشافعي : لا يثبت النسب ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث شيئا . واختلف مالك وأبو حنيفة في القدر الذي يجب على الأخ المقر ، فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الأخ الثاني وثبت النسب ؛ وقال أبو حنيفة : يجب عليه أن يعطيه نصف ما بيده ، وكذلك الحكم عند مالك وأبي حنيفة فيمن ترك ابنا واحدا فأقر بأخ له آخر ، أعنى أنه لا يثبت النسب ويجب الميراث ؛ وأما الشافعي فعنه في هذه المسئلة قولان : أحدهما أنه لا يثبت النسب ولا يجب الميراث . والثاني يثبت النسب ويجب الميراث ، وهو الذي عليه تناظر الشافعية في المسائل الطبلولية ويجعلها مسئلة عامة ، وهو أن كل من يحوز المال يثبت النسب باقراره وإن كان واحدا أمّا أو غير ذلك . وعمدة الشافعية في المسئلة الأولى ؛ وفي أحد قولي في هذه المسئلة ؛ أعنى القول الغير المشهور أن النسب لا يثبت إلا بشاهدي عدل ، وحيث لا يثبت فلا ميراث ، لأن النسب أصل والميراث فرع ، وإذا لم يوجد الأصل لم يوجد الفرع . وعمدة مالك وأبي حنيفة أن ثبوت النسب هو حق متعد إلى الأخ المنكر ، فلا يثبت عليه إلا بشاهدين عدلين ، وأما حظه من الميراث الذي بيد المقر فلاقراره فيه عامل لأنه حق أقربه على نفسه . والحق أن القضاء عليه لا يصح من الحاكم إلا بعد ثبوت النسب وأنه لا يجوز له بين الله تعالى وبين نفسه أن يمنع من يعرف أنه شريك في الميراث حظه منه . وأما

عمدة الشافعية في إثباتهم النسب بإقرار الواحد الذي يجوز له الميراث فالسمع والقياس . أما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت « كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة منى فاقبضه إليك ، فلما كان عام الفتح أخذه سعد ابن أبي وقاص وقال : ابن أخى قد كان عهد إلى فيه ، فقام إليه عبد بن زمعة ، فقال : أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه ، فتساوقاه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال سعد : يا رسول الله ابن أخى قد كان عهد إلى فيه ، فقام إليه عبد بن زمعة فقال : أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بَنُ زَمْعَةَ ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ ، ثم قال لسودة بنت زمعة : احْتَجِجِي مِنهُ ، لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص قالت : فما رآها حتى لقي الله عز وجل ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه بإقراره إذا لم يكن هنالك وارث منازع له » وأما أكثر الفقهاء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الأصل المجمع عليه في إثبات النسب ، ولهم في ذلك تأويلات ، وذلك أن ظاهر هذا الحديث أنه أثبت نسبه بإقرار أخيه به ، والأصل أن لا يثبت نسب إلا بشاهدى عدل ، ولذلك تأول الناس في ذلك تأويلات ، فقالت طائفة : إنه إنما أثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه ، لأنه يمكن أن يكون قد علم أن تلك الأمة كان يطؤها زمعة بن قيس ، وأنها كانت فراشا له ، قالوا : ومما يؤكد ذلك أنه كان صهره ، وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام ، فيمكن أن لا يخفى عليه أمرها ، وهذا على القول بأن للقاضى أن يقضى بعلمه ، ولا يليق هذا التأويل بمذهب مالك ، لأنه لا يقضى القاضى عنده بعلمه ، ويبقى بمذهب الشافعى على قوله الآخر ، أعنى الذى لا يثبت فيه النسب . والذين قالوا بهذا التأويل قالوا : إنما أمر سودة بالحجبة احتياطاً لشبهة الشبه ، لأن ذلك مكان واجب ، وقال لمكان هذا بعض الشافعية : إن للزوج أن يحجب الأنثى عن أخيها ، وقالت طائفة : أمره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش . وافترق هؤلاء في تأويل قوله

عليه الصلاة والسلام « هو لك » فقالت طائفة : إنما أراد هو عبدك إذا كان ابن أمة أبيك ، وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه في ذلك بقوله « الولد للفراش وللعاهر الحجر » وقال الطحاوى : إنما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام « هو لك يا عبد بن زمعة » أى يدك عليه بمنزلة ما هو يد اللاقط على اللقطة ، وهذه التأويلات تضعف لتعليله عليه الصلاة والسلام حكمه بأن قال « الولد للفراش وللعاهر الحجر » . وأما المعنى الذى يعتمده الشافعية فى هذا المذهب ، فهو أن إقرار من يجوز الميراث هو لإقرار خلافة : أى إقرار من حاز خلافة الميت ، وعند الغير أنه إقرار شهادة لإقرار خلافة ، يريد أن الإقرار الذى كان للميت انتقل إلى هذا الذى حاز ميراثه . واتفق الجمهور على أن أولاد الزنى لا يلحقون بأبائهم إلا فى الجاهلية على ما روى عن عمر بن الخطاب على اختلاف فى ذلك بين الصحابة ؛ وشذ قوم فقالوا : يلحق ولد الزنى فى الإسلام ، أعنى الذى كان عن زنى فى الإسلام . واتفقوا على أن الولد لا يلحق بالفراش فى أقل من ستة أشهر ، إما من وقت العقد ، وإما من وقت الدخول ، وأنه يلحق من وقت الدخول إلى أقصر زمان الحمل ، أو إن كان قد فارقتها واعتزلها : واختلفوا فى أطول زمان الحمل الذى يلحق به الوالد الولد ، فقال مالك : خمس سنين ؛ وقال بعض أصحابه : سبع ؛ وقال الشافعى : أربع سنين ؛ وقال الكوفيون : سنتان ؛ وقال محمد بن الحكم : سنة ؛ وقال داود : ستة أشهر ، وهذه المسئلة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة . وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد ، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ، ولعله أن يكون مستحيلا . وذهب مالك والشافعى إلى أن من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأتت بولد لسنة أشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول أنه لا يلحق به إلا إذا أتت به لسنة أشهر فأكثر من ذلك من وقت الدخول . وقال أبو حنيفة : هى فراش له ويلحقه الولد . وعمدة مالك أنها ليست بفراش إلا بإيهام كان الوطء وهو مع الدخول . وعمدة أبي حنيفة عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش » وكأنه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام فى إلحاق الولد بالوطء الحلال : واختلفوا من هذا الباب فى إثبات النسب بالقامة ، وذلك

عند ما يبطأ رجلان في طهر واحد بملك يمين أو بملك ، ويتصور أيضا الحكم
 في القافة في اللقيط الذي يدعيه رجلان أو ثلاثة . والقافة عند العرب : هم قوم
 كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس ، فقال بالقافة من فقهاء
 الأمصار مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور والأوزاعي وأبي الحكم بالقافة ،
 الكوفيون وأكثر أهل العراق ، والحكم عند هؤلاء أنه إذا ادعى رجلان ولدا
 كان الولد بينهما ، وذلك إذا لم يكن لأحدهما فراش ، مثل أن يكون لقيطا ،
 أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشا مثل الأمة أو الحرة يظوها رجلان
 في طهر واحد ، وعند الجمهور من القائلين بهذا القول أنه يجوز أن يكون
 عندهم للابن الواحد أبوان فقط ، وقال محمد صاحب أبي حنيفة : يجوز أن
 يكون ابنا لثلاثة إن ادعوه ، وهذا كله تخليط وإبطال للمعقول والمنقول .
 وعمدة استدلال من قال بالقافة ما رواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر
 ابن الخطاب كان يابط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم : أى بمن ادعاهم في الإسلام
 فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة ، فدعا قائفا فنظر إليه فقال القائف :
 لقد اشتركا فيه ، فضربه عمر بالدرة ، ثم دعا المرأة فقال : أخبريني بخبرك ،
 فقالت : كان هذا لأحد الرجلين يأتي في إبل لأهلها فلا يفارقه حتى يظن
 هو ظن أنه قد استمر بها حمل ، ثم انصرف عنها فأهريق عليه دما ، ثم خلف
 هذا عليها : تعني الآخر ، فلا أدري أيهما هو ، فكبر القائف ، فقال عمر
 للغلام : وال أيهما شئت . قالوا : فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقافة
 من غير إنكار من واحد منهم هو كالإجماع . وهذا الحكم عند مالك إذا قضى
 القافة بالاشتراك أن يؤخر الصبي حتى يبلغ ، ويقال له : وال أيهما شئت ،
 ولا يلحق واحد بالثنين ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو ثور : يكون ابنا لهما
 إذا زعم القائف أنهما اشتركا فيه ، وعند مالك أنه ليس يكون ابنا للثنين .
 لقوله تعالى - يا أيها الناس إنما خلقتكم من ذكر وأنثى - واحتج
 القائلون بالقافة أيضا بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت « دخل
 رسول الله صلى الله عليه وسلم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال : ألم
 تحسنمعى ما قال مجزأ المدحجى لزييد وأسماء ورأى أقدامهما فقال :
 إن هده الأقدام بعضها من بعض » قالوا : وهذا مروى عن

ابن عباس وعن أنس بن مالك ، ولا يخالف لهم من الصحابة . وأما الكوفيون فقالوا : الأصل أن لا يحكم لأحد المتنازعين في الولد إلا أن يكون هنالك فراش لقوله عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش » فإذا عدم الفراش أو اشتركا الفراش كان ذلك بينهما ، وكأنهم رأوا ذلك بنوة شرعية لا طبيعية ، فإنه ليس يلزم من قال : إنه لا يمكن أن يكون ابن واحد عن أبوين بالعقل أن لا يجوز وقوع ذلك في الشرع . وروى مثل قولهم عن عمر ، ورواه عبد الرزاق عن علي ؛ وقال الشافعي : لا يقبل في القافة إلا رجلان . وعن مالك في ذلك روايتان : إحداهما مثل قول الشافعي ، والثانية أنه يقبل قول قائف واحد . والقافة في المشهور عن مالك إنما يقضى بها في ملك اليمين فقط لافي النكاح ؛ وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي ؛ وقال أبو عمر بن عبد البر : في هذا حديث حسن مسند أخذ به جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر ؛ ورواه الثوري عن صالح بن حي عن الشعبي عن زيد بن أرقم قال « كان علي باليمن فأتى بامرأة وطئها ثلاثة أناس في طهر واحد ، فسأل كل واحد منهم أن يقر لصاحبه بالولد فأبى ، فأقرع بينهم وقضى بالولد للذي أصابته القرعة وجعل عليه ثلثي الدية ، فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأعجبه وضحك حتى بدت نواجذه » وفي هذا القول إنفاذ الحكم بالقافة والحاق الولد بالقرعة . واختلفوا في ميراث القاتل على أربعة أقوال : فقال قوم : لا يرث القاتل أصلا من قتله . وقال آخرون : يرث القاتل وهم الأقل . وفرق قوم بين الخطأ والعمد فقالوا : لا يرث في العمد شيئا ويرث في الخطأ إلا من الدية ، وهو قول مالك وأصحابه . وفرق قوم بين أن يكون في العمد قتل بأمر واجب أو بغير واجب ، مثل أن يكون من له إقامة الحدود ، وبالحملة بين أن يكون ممن يتهم أولادهم . وسبب الخلاف معارضة أصل الشرع في هذا المعنى للنظر المصالحى ، وذلك أن النظر المصالحى يقتضى أن لا يرث لثلاث يتذرع الناس من الموارث إلى القتل واتباع الظاهر ، والتعبد يوجب أن لا يلتفت إلى ذلك ، فإنه لو كان ذلك مما قصد لالتفت إليه الشارع - وما كان ربك نسيا - كما تقول الظاهرية . واختلفوا في الوارث الذي ليس بمسلم يسلم بعد موت مورثه المسلم وقبل قسم الميراث ، وكذلك إن كان مورثه على غير دين الإسلام ، فقال الجمهور :

إنما يعتبر في ذلك وقت الموت ، فإن كان اليوم الذي مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه أصلاً سواء أسلم قبل قسم الميراث أو بعده ، وكذلك إن كان مورثه على غير دين الإسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة سواء كان إسلامه قبل القسم أو بعده . وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة : المعتبر في ذلك يوم القسم ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب . وعمدة كلا الفريقين قوله صلى الله عليه وسلم « أَيْمًا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ ، وَأَيْمًا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أُدْرِكَهَا الْإِسْلَامُ وَلَمْ تُقَسَّمْ فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الْإِسْلَامِ » فن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم في ذلك الوقت بحكم الإسلام ، ومن اعتبر وجوب القسمة حكم في وقت الموت للمقسوم بحكم الإسلام . وروى من حديث عطاء « أن رجلاً أسلم على ميراث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يقسم ، فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه ، وكذلك الحكم عندهم فيمن أعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم . فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بهذا الكتاب : قال القاضي : ولما كان الميراث إنما يكون بأحد ثلاثة أسباب : إما بنسب ، أو صهر ، أو ولاء ، وكان قد قيل في الذي يكون بالنسب والصهر ، فيجب أن نذكر ههنا الولاء ، ولمن يجب ، ومن يجب فيه ممن لا يجب ، وما أحكاه ؟ .

باب في الولاء

فأما من يجب له الولاء ، ففيه مسائل مشهورة تجرى مجرى الأصول لهذا الباب .

(المسئلة الأولى) أجمع العلماء على أن من أعتق عبده عن نفسه فإن ولاءه له وأنه يرثه إذا لم يكن له وارث ، وأنه عصبية له إذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمال . فأما كون الولاء للمعتق عن نفسه ، فلما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام في حديث بريرة « لَأَيُّمًا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » واختلفوا إذا أعتق عبد عن غيره ، فقال مالك الولاء للمعتق عنه لا الذي باشر العتق ،

وقال أبو حنيفة والشافعي : إن أعتقه عن علم المعتق عنه ، فالولاء للمعتق عنه ، وإن أعتقه عن غير علمه ، فالولاء للمباشر للمعتق . وعمدة الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » وقوله عليه الصلاة والسلام « الولاءُ الحُصمةُ كُلُّ حُصْمَةٍ النَّسَبِ » قالوا : فلما لم يجز أن يلتحق نسب بالحر يغير إذنه ، فكذلك الولاء ، ومن طريق المعنى فلو أن عتقه حرية وقعت في ملك للمعتق ، فوجب أن يكون الولاء له ، أصله إذا أعتقه من نفسه . وعمدة مالك أنه إذا أعتقه عنه فقد ملكه إياه ، فأشبه الوكيل ، ولذلك انفقوا على أنه إذا أذن له المعتق عنه كان ولاؤه له لالمباشر . وعند مالك أنه من قال لعبده : أنت حر أوجه الله وللمسلمين أن الولاء يكون للمسلمين ، وعندهم يكون للمعتق .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له ؟ فقال مالك والشافعي والثوري وداود وجاعة : لا ولاء له ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : له ولاؤه إذا ولاه ، وذلك أن مذهبه أن للرجل أن يؤولي رجلا آخر فيرثه ويعقل عنه ، وأن له أن ينصرف من ولائه إلى ولاء غيره . ما لم يعقل عنه ؛ وقال غيره : بنفس الإسلام على يديه يكون له ولاؤه .

فعنده الطائفة الأولى قوله صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » وإنما هذه هي التي يسمونها الحاصرة ، وكذلك الألف واللام هي عندهم للحصر ، ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصا بالمحكوم عليه لا يشاركه فيه غيره : أعني أن لا يكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول إلا للمعتق فقط المباشر .

وعنده الحنفية في إثبات الولاء بالموالاة قوله تعالى - وَلِكُلِّ جَعَلْنَا مَوَالِيَّ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ - وقوله تعالى - وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيْبَهُمْ - . وحجة من قال : الولاء يكون بنفس الإسلام فقط حديث تميم الداري قال « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرك يُسلم على يد مسلم ؟ فقال هو أحق الناس وأولاهم بحياته وبنماته » وقضى به عمر بن عبد العزيز . وعمدة الفريق الأول أن قوله تعالى - وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ - منسوخة بآية المواريث ، وأن ذلك كان في صدر

الإسلام ، وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نفيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك إلا ولاء السائبة .

(المسئلة الثالثة) اختلف العلماء إذا قال السيد لعبده أنت سائبة ، فقال مالك : ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من أعتق عن المسلمين إلا أن يرد به معنى العتق فقط ، فيكون ولاؤه له ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة : ولاؤه للمعتق على كل حال ، وبه قال أحمد وداود وأبو ثور ؛ وقالت طائفة : له أن يجعل ولاءه حيث شاء ، وإن لم يوال أحداً كان ولاؤه للمسلمين ، وبه قال الليث والأوزاعي ؛ وكان إبراهيم والشعبي يقولان : لا بأس ببيع ولاء السائبة وهبته ، وحجة هؤلاء هي الحجج المتقدمة في المسئلة التي قبلها . وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة في هذا الوقت .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء في ولاء العبد المسلم إذا أعتقه النصراني قبل أن يباع لمن يكون ؟ فقال مالك وأصحابه : ولاؤه للمسلمين ، فإن أسلم مولاه بعد ذلك لم يعد إليه ولاؤه ولا ميراثه ؛ وقال الجمهور : ولاؤه لسيده ، فإن أسلم كان له ميراثه . وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب ، وأنه إذا أسلم الأب يعد لإسلام الابن أنه يرثه ، فكذلك العبد . وأما عمدة مالك فعموم قوله تعالى - وَلَكِنْ يَجْعَلُ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا - فهو يقول : أنه لما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد ؛ وأما إذا وجب له يوم العتق ثم طرأ عليه مانع من وجوبه فلم يختلفوا أنه إذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود للولاء له . ولذلك اتفقوا أنه إذا أعتق النصراني الذي عبده النصراني قبل أن يسلم أحدهما ثم أسلم العبد أن الولاء يرتفع ، فإن أسلم المولى عاد إليه . وإن كانوا اختلفوا في الحرابي يعتق عبده وهو على دينه ، ثم يخرجان إلىنا مسلمين ، فقال مالك : هو مولاه يرثه ؛ وقال أبو حنيفة : لا ولاء بينهما ، وللعبد أن يوالى من شاء على مذهبه في الولاء والتحالف ؛ وخالف أشهب مالكا فقال : إذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد إلى المولى ولاؤه أبداً ؛ وقال ابن القاسم : يعود ، وهو معنى قول مالك ، لأن مالكا يعتبر وقت العتق ، وهذه المسائل كلها هي مفروضة في القول لا تنفع بعد ، فإنه ليس من دين التصاري أن يسرق

بعضهم بعضا ، ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه في هذا الوقت ويزعمون أنه من الملهم .

(المسئلة الخامسة) أجمع جمهور العلماء على أن النساء ليس لهن مدخل في وراثة الولاء إلا من بأشركن عتقه بأنفسهن أو ماجر لإيهن من بأشركن عتقه ، إما بولاء أو بنسب ، مثل معتق معتقها أو ابن معتقها ، وأنهن لا يرثن معتق من يرثنه إلا ما حكى عن شريح . وعمدته أنه لما كان لها ولأء ما أعتقت بنفسها كان لها ولأء ما أعتقه مورثا قياسا على الرجل ، وهذا هو الذي يعرفونه بقياس المعنى ، وهو أرفع مراتب القياس ، وإنما الذي يؤهنه الشلوذ . وعمدة الجمهور أن الولاء إنما وجب للنعمة التي كانت للمعتق على المعتق ، وهذه النعمة إنما توجد فيمن بأشركن عتق ، أو كان من سبب قوى من أسبابه ، وهم العصبية : قال القاضي : ولأذ قد تقرر من له ولأء ممن ليس له ولأء ، فبقى النظر في ترتيب أهل الولاء في الولاء . فن أشهر مسائلهم في هذا الباب المسئلة التي يعرفونها بالولاء للكبر ، مثال ذلك : رجل أعتق عبدا ثم مات ذلك الرجل وترك أخوين أو ابنتين ، ثم مات أحد الأخوين وترك ابنا ، أو أحد الابنتين ، فقال الجمهور : في هذه المسئلة أن حظ الأخ الميت من الولاء لا يرثه عنه ابنه ، وهو راجع إلى أخيه لأنه أحق به من ابنه بخلاف الميراث ، لأن الحجب في الميراث يعتبر بالقرب من الميت ، وهنا بالقرب من المباشر العتق ، وهو مروي عن عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت من الصحابة : وقال شريح وطائفة من أهل البصرة : حق الأخ الميت في هذه المسئلة لبنيه . وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث . وعمدة الفريق الأول أن الولاء نسب مبدؤه من المباشر . ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب المسئلة التي تعرف بجر الولاء ، وصورتها أن يكون عبد له بنتون من أمة ، فأعتقت الأمة ثم أعتق العبد بعد ذلك ، فإن العلماء اختلفوا لمن يكون ولأء البنين إذا أعتق الأب ، وذلك أنهم اتفقوا على أن ولأءهم بعد عتق الأم إذا لم يمس المولود الرق في بطن أمه ، وذلك يكون إذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الأب هو لموالى الأم . واختلفوا إذا أعتق الأب هل يجر ولأء بنيه لمواليه أم لا يجر ؟ فذهب الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهم إلى أنه يجر ،

حوبه قال على رضى الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان . وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة : لا يجر ولاءه . وروى عن عمر ، وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدثه به قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب ، وإن كان قد روى عن عمر مثل قول الجمهور . وعمدة الجمهور أن الولاء مشبه بالنسب ، وأنسب للأب دون الأم . وعمدة الفريق الثانى أن البنين لما كانوا فى الحرية تابين لأهمهم كانوا فى وجوب الحرية تابعين لها ، وهو الولاء . وذهب مالك إلى أن الجدد يجر ولاء حفدته إذا كان أبوهم عبدا ، إلا أن يعتق الأب ، وبه قال الشافعى وخالفه فى ذلك الكوفيون واعتمدوا فى ذلك على أن ولاء الجدد إنما يثبت لمعتق الجدد على البنين من جهة الأب ، وإذا لم يكن للأب ولاء فأحرى أن لا يكون للجد . وعمدة الفريق الثانى أن عبودية الأب هى كموته فوجب أن ينتقل الولاء إلى أبى الأب ، ولا خلاف بين من يقول بأن الولاء للعصبة فيما أعلم أن الأبناء أحق من الآباء ، وأنه لا ينتقل إلى العمود الأعلى إلا إذا فقد العمود الأسفل بخلاف الميراث ، لأن البنوة عندهم أقوى تعصيا من الأبوة ، والأب أضعف تعصيا ، والإخوة وبنوهم أقعد عند مالك من الجدد ، وعند الشافعى وأبى حنيفة الجدد أقعد منهم . وسبب الخلاف من أقرب نسبا وأقوى تعصيا وأيسر يورث بالولاء جزء مفروض وإنما يورث تعصيا ، فإذا مات المولى الأسفل ولم يكن له ورثة أصلا ، أو كان له ورثة لا يحيطون بالميراث كان عاصبة المولى الأعلى ، وكذلك يعصب المولى الأعلى كل من للمولى الأعلى عليه ولادة نسب : أعنى بناته وبنيه وبنى بنيه . وفى هذا الباب مسألة مشهورة وهى : إذا ماتت امرأة ولها ولاء وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء ؟ فقالت طائفة : لعصبتها لأنهم الذين يعقون عنها ، والولاء للعصبة ، وهو قول على ابن أبى طالب ، وقال قوم : لابنها ، وهو قول عمر بن الخطاب ، وعليه فقهاء الأمصار ، وهو مخالف لأهل هذا السلف ، لأن ابن المرأة ليس من عصبتها .

تم كتاب الفرائض والولاء والحمد لله حق حمده

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

كتاب العتق

والنظر في هذا الكتاب فيمن يصبح عتقه ومن لا يصبح ، ومن يلزمه ومن لا يلزمه : أعنى بالشرع ، وفي ألفاظ العتق ، وفي الإيمان به ، وفي أحكامه وفي الشروط الواقعة فيه . ونحن فلانما نذكر من هذه الأبواب ما فيها من المسائل المشهورة التي يتعلّق أكثرها بالمسموع . فأما من يصبح عتقه ، فلأنهم أجمعوا على أنه يصبح عتق المالك التام الملك الصحيح الرشيد القوي الجسم الغني غير العديم . واختلفوا في عتق من أحاط الدين بماله وفي عتق المريض وحكمه : فأما من أحاط الدين بماله ، فإن العلماء اختلفوا في جواز عتقه ، فقال أكثر أهل المدينة : مالاك وغيره : لا يجوز ذلك ، وبه قال الأوزاعي والليث ؛ وقال فقهاء العراق : وذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم ، وذلك عند من يرى التحجير منهم ، وقد يتخرج عن مالك في ذلك الجواز قياساً على ما روى عنه في الرهن أنه يجوز ، وإن أحاط الدين بمال الراهن مالم يحجر عليه الحاكم . وعمدة من منع عتقه أن ماله في تلك الحال مستحق للغرماء ، فليس له أن يخرج منه شيئاً بغير عوض ، وهي العلة التي بها يحجر الحاكم عليه التصرف والأحكام يجب أن توجد مع وجود عللها ، وتحجير الحاكم ليس بعلّة وإنما هو حكم واجب من موجبات العلة فلا اعتبار بوقوعه . وعمدة الفريق الثاني أنه قد انعقد الإجماع على أن له أن يطاء جاريته ويحبّلها ولا يرد شيئاً مما أنفق من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب أن يكون حكم تصرفاته هذا الحكم ، وهذا هو قول الشافعي ولا خلاف عند الجميع أنه لا يجوز أن يعتق غير المحتلم مالم تكن وصية منه ، وكذلك المجبور ؛ ولا يجوز عند العلماء عتقه شيء من ممتلكاته إلا ماله وأكثراً أصحابه ، فلأنهم أجازوا عتقه لأمه ولأبيه . وأما المريض فالجمهور على أن عتقه إن صحّ وقع وإن مات كان من الثلث ؛ وقال أهل الظاهر : هو مثل عتق الصحيح . وعمدة الجمهور حديث عمران ابن الحصين أن رجلاً أعتق ستة أعبد له ، الحديث على ما تقدم . وأما من

يدخل عليهم العتق كرها فهم ثلاثة من بعض العتق ، وهذا متفق عليه في أحد قسميه واثان مختلف فيهما وهما من مالك من يعتق عليه ومن مثل بعده . فأما من بعض العتق فإنه ينقسم قسمين : أحدهما من وقع تبعيض العتق منه وليس له من العبد إلا الجزء المعتق : والثاني أن يكون يملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختيارا منه . فأما العبد بين الرجاين يعتق أحدهما حفظه منه فإن الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك ، فقال مالك والشافعي وأحمد بن حنبل : إن كان المعتق موسرا قوم عليه نصيب شريكه قيمة العدل ، فدفع ذلك إلى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه له ، وإن كان المعتق معسرا لم يلزمه شيء وبقي المعتق بعضه عبدا وأحكامه أحكام العبد ؛ وقال أبو يوسف ومحمد : إن كان معسرا سعى العبد في قيمته للسيد الذي لم يعتق حفظه منه وهو حر يوم أعتق حفظه منه الأول ويكون ولاؤه للأول ، وبه قال الأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى وجماعة الكوفيين ، إلا أن ابن شبرمة وابن أبي ليلى جعلاً للعبد أن يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أيسر : وأما شريك المعتق فإن الجمهور على أن له الخيار في أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق ؛ وقال أبو حنيفة : لشريك الموسر ثلاث خيارات : أحدها أن يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما ، وهذا لا خلاف فيه بينهم . والخيار الثاني أن تقوم عليه حصته . والثالث أن يكافئ العبد السعى في ذلك إن شاء ويكون الولاء بينهما وللسيد المعتق عبده عنده إذا قوم عليه شريكه نصيبه أن يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق . وعمدة مالك والشافعي حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ أَعْتَقَ شَرِكًا لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ قَوْمَ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَدْلِ ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدَ وَالْأَفْقَدُ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ » . وعمدة محمد وأبي يوسف صاحب أبي حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ أَعْتَقَ شَقِصًا لَهُ فِي عَبْدٍ فَتَخَلَّصَهُ فِي مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اسْتَسَعَى الْعَبْدُ غَسِيرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ » وكلا الحديثين خرجه أهل الصحيح البخاري ومسلم وغيرهما ، ولكل طائفة منهم قول في ترجيح حديثه الذي أخذ به ، فمما

وهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواته شك في ازيادة المعارضة فيه لحديث أبي هريرة ، وهو قوله « وإلا فقد عتق منه ما عتق » فهل هو من قوله عليه الصلاة والسلام ، أم من قول نافع « وإن في ألفاظه أيضا بين رواته اضطرابا . وما هن به المالكيون حديث أبي هريرة أنه اختلف أصحاب قتادة فيه على قتادة في ذكر السعاية . وأما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية في ذلك على أنه إنما لزم السيد التقويم إن كان له مال للضرر الذي أدخله على شريكه والعبد لم يدخل ضررا فليس يلزمه شيء . وعمدة الكوفيين من طريق المعنى أن الحرية حق شرعى لا يجوز تبغيضه ، فإذا كان الشريك المعتق موسرا عتق الكل عليه ، وإذا كان معسرا سعى العبد في قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد ، وربما أتوا بقياس شبيهى وقالوا : لما كان العتق يوجد منه في الشرع نوعان : نوع يقع بالاختيار ، وهو إعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله . ونوع يقع بغير اختيار ، وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز له بالشرعية ملكه وجب أن يكون العتق بالسعى كذلك . فالذى بالاختيار منه هو الكتابة . والذى هو داخل بغير اختيار هو السعى . واختلف مالك والشافعى في أحد قوليه إذا كان المعتق موسرا هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية ؟ أعنى أنه يسرى وجوب عتقه عليه بنفس العتق ؟ فقالت الشافعية : يعتق بالسراية ؛ وقالت المالكية بالحكم ؛ واحتجت المالكية بأنه لو كان واجبا بالسراية لسرى مع العدم واليسر . واحتجت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « قوم عليه قيمة العدل » فقالوا : ما يجب تقويمه وإنما يجب بعد إتلافه فإذا بنفس العتق أتلف صاحبه فوجب عليه تقويمه في وقت الإتلاف ، وإن لم يحكم عليه بذلك حاكم ، وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه ، لأنه قد نفذ العتق وهذا بَيِّن . وقول أبى حنيفة في هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين ، وقد روى فيها خلاف شاذ ، فقليل عن ابن سيرين إنه جعل حصنة الشريك في بيت المال ؛ وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيبا له في عبد أن العتق باطل ؛ وقال قوم : لا يقوم على المعسر الكل ، وينفذ العتق فيما أعتق ؛ وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق موسرا أو معسرا ويتبعه شريكه ، وسقط

العسر في بعض الروايات في حديث ابن عمر ، وهذا كله خلافاً الأحاديث ، ولعلهم لم تبلغهم الأحاديث . واختلف قول مالك من هذا في فرع وهو إذا كان معسراً فأخبر الحكم عليه بإسقاط التقويم حتى أيسر ، فقبل يقوم ، وقبل لا يقوم . واتفق القائلون بهذه الآثار على أن من ملك باختياره شقصاً يعتق عليه من عبد : أنه يعتق عليه الباقي إن كان موسراً إلا إذا ملكه بوجه لا اختياره فيه ، وهو أن يملكه بميراث - فقال قوم : يعتق عليه في حال اليسر - وقال قوم : لا يعتق عليه ؛ وقال قوم : في حال اليسر بالسعاية ؛ وقال قوم : لا . وإذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه ؛ فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعي والثوري والأوزاعي وأحمد وابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون : يعتق عليه كله ، وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر : يعتق منه ذلك القدر الذي عتق ويسعى العبد في الباقي ، وهو قول طاوس وحامد . وعمدة استدلال الجمهور أنه لما ثبتت السنة في إعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق كان أخرى أن يجب ذلك عليه في ملكه . وعمدة أبي حنيفة أن سبب وجوب العتق على المبعوض للعتق هو الضرر الداخل على شريكه ، فإذا كان ذلك كله ملكاً له لم يكن هنالك ضرر . فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق ، أعنى أنه لا يقع فيه تبعض ، أو مضرة الشريك ؟ . واحتجت الحنفية بما رواه إسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده أنه أعتق نصف عبده ، فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه . ومن عمدة الجمهور ما رواه الترمذي وأبو داود عن أبي المليح عن أبيه « أن رجلاً من هذيل أعتق شقصاً له من مملوك فتمم النبي عليه الصلاة والسلام عتقه وقال : ليس لله شريك » وعلى هذا فقد نص على العلة التي تمسك بها الجمهور ، وصارت عليهم أولى ، لأن العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة . فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب وتعارض القياس . وأما الإعتاق الذي يكون بالمثلة ، فإن العلماء اختلفوا فيه ، فقال مالك والليث والأوزاعي : من مثل يعبده أعتق عليه ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يعتق عليه ؛ وشذ الأوزاعي فقال : من مثل بعبده غيره أعتق عليه والجمهور على أنه يضمن ما نقص من قيمة العبد ، فالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن

جلده « أن زنا بعا وجد غلاما له مع جارية ، فقطع ذكره وجذع أنفه ، فأقنى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : ما حملك على ما فعلت ؟ فقال : فعل كذا وكذا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اذهب فأنت حرٌّ وعمدة الفريق الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر « من لطم مملوكه أو ضربته فكفَّارتُهُ عتقه » قالوا : فلم يلزم العتق في ذلك وإنما ندب إليه . ولهم من طريق المعنى أن الأصل في الشرع هو أنه لا يكره السيد على عتق عبده إلا ما خصصه الدليل . وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف في صحتها ، فلم تبلغ من القوة أن يخصص بها مثل هذه القاعدة . وأما هل يعتق على الإنسان أحد من قرابته ، وإن عتق فن يعتق ؟ فلأنهم اختلفوا في ذلك ، فجمهور العلماء على أنه يعتق على الرجل بالقرابة إلا داود وأصحابه ، فإنهم لم يروا أن يعتق أحد على أحد من قبل قرني ، والدين قالوا بالعتق اختلفوا فيمن يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم على أنه يعتق على الرجل أبوه وولده ، فقال مالك : يعتق على الرجل ثلاثة : أحدها أصوله : وهم الآباء والأجداد والجدات والأمهات وآباؤهم وأمهاتهم ، وبالجملة كل من كان له على الإنسان ولادة . والثاني فروعه ، وهم : الأبناء والبنات وولدهم ما سفلوا ، وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ، وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ، ذكر أو أنثى . والثالث الفروع المشاركة له في أصله القريب وهم الإخوة ، وسواء كانوا لأب وأم ، أو لأب فقط ، أو لأُم فقط ، واقتصر من هذا العمود على القريب فقط ، فلم يوجب عتق بني الإخوة . وأما الشافعي فقال مثل قول مالك في العمودين الأعلى والأسفل ، وخالفه في الإخوة فلم يوجب عتقهم . وأما أبو حنيفة فأوجب عتق كل ذي رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والخال والخالة وبنات الأخ ، ومن أشبههم ممن هو من الإنسان ذو محرم . وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم في مفهوم الحديث الثابت ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لا ينجزى ولدٌ عن والدِهِ إلا أن يَجِدَهُ مملوكاً فَيَشْتَرِيَهُ فَيَعْتِقَهُ » خرجه مسلم والترمذي وأبو داود وغيرهم ، فقال الجمهور :

يفهم من هذا أنه إذا اشتراه وجب عليه عتقه ، وأنه ليس يجب عليه شراؤه .
وقالت الظاهرية : المفهوم من الحديث أنه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه
إذا اشتراه ، قالوا : لأن إضافة عتقه إليه دليل على صحة ملكه له ، ولو كان
ما قالوا صوابا ، لكان اللفظ إلا أن يشتريه فيعتق عليه . وعمدة الحنفية ما رواه
قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ مَلَكَ
ذَا رَحِمٍ يَحْرِمَ فَهُوَ حُرٌّ » وكان هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعي ؛
وقاس مالك الإخوة على الأبناء والآباء ، ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتمد
الحديث المتقدم فقط ، وقاس الأبناء على الآباء . وقد رامت المالكية أن
تحتج لمذهبها بأن البنوة صفة هي ضد العبودية ، وأنه ليس تجتمع معها لقوله
تعالى - وَمَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَدًا . إِنَّ كُلُّ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ
وَالْأَرْضِ إِلَّا آتَى الرَّحْمَنِ عَبْدًا - وهذه العبودية هي معنى غير العبودية
التي يحتجون بها ، فإن هذه عبودية معقولة وبنوة معقولة . والعبودية التي
بين الخاوةين والمولائية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعنى بالوضع لا بحال
للعقل كما يقولون فيها عندهم ، وهو احتجاج ضعيف . وإنما أراد الله تعالى
أن البنوة تساوى الأبوة في جنس الوجود أوفى نوعه ، أعنى أن الموجودين
اللذين أحدهما أب والآخر ابن هما متقاربان جدا ، حتى أنهما إما أن يكونا
من نوع واحد أو جنس واحد ، وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع
معه سبحانه في جنس قريب ولا بعيد ، بل التفاوت بينهما غاية. التفاوت ،
فلم يصح أن يكون في الموجودات التي ههنا شيء نسبته إليه نسبة الأب
إلى الابن ، بل إن كان نسبة الموجودات إليه نسبة العبد إلى السيد كان أقرب
إلى حقيقة الأمر من نسبة الابن إلى الأب لأن التباعد الذي بين السيد والعبد
في المرتبة أشد من التباعد الذي بين الأب والابن ، وعلى الحقيقة فلا شبه بين
النسبتين ؛ لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة أشد تباعدا من هذه النسبة ،
أعنى تباعد طرفيهما في الشرف والخسة ضرب المثال بها ، أعنى نسبة العبد
للسيد ، ومن لحظ المحبة التي بين الأب والابن والرحمة والرأفة والشفقة أجاز
أن يقول في الناس إنهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى . فهذه جملة المسائل
المشهورة التي تتعلق بالعتق الذي يدخل على الإنسان بغير اختياره . وقد

اختلفوا من أحكام العتق في مسألة مشهورة تتعلق بالسماح ، وذلك أن الفقهاء اختلفوا فيمن أعتق عبدا له في مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم ، فقال مالك والشافعي وأصحابهما وأحمد وجماعة : إذا أعتق في مرضه ولا مال له سواهم قسموا ثلاثة أجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته ، وكذلك الحكم في الوصية بعقدهم . وخالف أشهب وأصيب مالكا في العتق المبطل في المرض فقالا جميعا إنما القرعة في الوصية . وأما حكم العتق المبطل فهو كحكم المدبر . ولا خلاف في مذهب مالك أن المذبرين في كلمة واحدة إذا ضاق عنهم الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث . وقال أبو حنيفة وأصحابه في العتق المبطل : إذا ضاق عنه الثلث أنه يعتق من كل واحد منه ثلثه . وقال الغير : بل يعتق من الجميع ثلثه . فقوم من هؤلاء اعتبروا في ثلث الجميع القيمة ، وهو مذهب مالك والشافعي ، وقوم اعتبروا العدد . فعند مالك إذا كانوا ستة أعبد : مثلا عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل في ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر ، وكذلك أيضا بالقرعة بعد أن يجبروا على القسمة أثلاثا ؛ وقال قوم : بل المعتبر العدد ، فإن كانوا ستة عتق منهم اثنان وإن كانوا مثلا سبعة عتق منهم اثنان وثلث . فعلمة أهل الحجاز مرواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين « أن رجلا أعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أخرج بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة » أخرجه البخاري ومسلم مسندا ، وأرسله مالك : وعمدة الحنفية ما جرت به عادتهم من رد الآثار التي تأتي بطرق الآحاد إذا خالفها الأصول الثابتة بالتواتر . وعمدتهم أنه قد أوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاما ، فلو كان له مال لنفذ بإجماع ، فإذا لم يكن له مال وجب أن ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعلى السيد فيه ، وهذا الأصل ليس بيننا من قواعد الشرع في هذا الموضوع ، وذلك أنه يمكن أن يقال له إنه إذا أعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين ، وقد ألزم الشرع مبيع العتق أن يتم عليه ، فلما لم يمكن ههنا أن يتم عليه جمع في أشخاص بأعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة في ذلك دون العدد أفضت إلى هذا الأصل ، وهو تبيع العتق ، فلذلك كان الأولى أن

يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث ، وكان الجزء المعتقد في كل واحد منهم هو حق لله فوجب أن يجمع في أشخاص بأعيانهم أصله حق الناس . واختلفوا في مال العبد إذا أعتق لمن يكون ، فقالت طائفة : المال للسيد ؛ وقالت طائفة : ماله تبع له ، وبالأول قال ابن مسعود من الصحابة ، ومن الفقهاء أبو حنيفة والثوري وأحمد وإسحق ، وبالثاني قال ابن عمر وعائشة ، الحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة . والحجة لهم حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فَقَالَ لَهُ لَا أَنْ يَشْتَرِيَ السَّيِّدُ مَالَهُ » وأما ألفاظ العتق ، فإن منها صريحاً ومنها كناية عند أكثر فقهاء الأمصار ؛ أما الألفاظ الصريحة ، فهو أن يقول : أنت حر ، أو أنت عتق . متصرف من هذه ، فهذه الألفاظ تلزم السيد بإجماع من العلماء . وأما الكناية فهي مثل قول السيد لعبده : لاسيبل لي عليك ، أو لمالك لي عليك ، فهذه ينوى فيها سيد العبد ، هل أراد به العتق أم لا ؟ عند الجمهور . ومما اختلفوا فيه في هذا الباب إذا قال السيد لعبده : يا بني ، أو لأمتي يا بنتي ، أو قال : يا أباي ، أو يا أمي ، فقال قوم وهم الجمهور : لا عتق يلزمه ؛ وقال أبو حنيفة : يعتق عليه ؛ وشذ زفر فقال : لو قال السيد لعبده : هذا ابني ، عتق عليه وإن كان العبد له عشرون سنة وللسيد ثلاثون سنة . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبده : ما أنت إلا حر ، فقال قوم : هو ثناء عليه وهم الأكثر ؛ وقال قوم : هو حر ، وهو قول الحسن البصري : ومن هذا الباب من نادى عبداً من عبيده باسمه ، فاستجاب له عبد آخر ، فقال له : أنت حر ، وقال : إنما أردت الأول ، فقيل يعتقان عليه جميعاً ، وقيل ينوى : وافق على أن من أعتق ماني بطن أمتي فهو حر دون الأم . واختلفوا فيمن أعتق أمة واستثنى ماني بطنها ، فقالت طائفة : له استثناءه ؛ وقالت طائفة : هما حران . واختلفوا في سقوط العتق بالمشيئة ، فقالت طائفة : لاستثناء فيه كالطلاق ، وبه قال مالك ؛ وقال قوم : يؤثر فيه الاستثناء كقولهم في الطلاق ، أعني قول القائل لعبده : أنت حر إن شاء الله : وكذلك اختلفوا في وقوع العتق بشرط الملك ، فقال مالك : يقع ؛ وقال الشافعي وغيره : لا يقع ، وحجتهم بوله عليه الصلاة والسلام : « لَا عِتْقَ فِيهَا لَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ » وحجة

الفرقة الثانية تشييههم إياه باليمين . وألفاظ هذا الباب شبيهة بألفاظ الطلاق : وشروطه كشروطه ، وكذلك الأيمان فيه شبيهه بأيمان الطلاق . وأما أحكامه فكثيرة : منها أن الجمهور على أن الأبناء تابعون في العتق والعبودية للأثم ، وشذ قوم فقالوا : إلا أن يكون الأب عربيا . ومنها اختلافهم في العتق إلى أجل ؛ فقال قوم : ليس له أن يطأها إن كانت جارية ولا يبيع ولا يهب ، وبه قال مالك ؛ وقال قوم : له جميع ذلك ، وبه قال الأوزاعي والشافعي واتفقوا على جواز اشتراط الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق . واختلفوا فيمن قال لعبده : إن بعثك فأنت حر ؛ فقال قوم : لا يقع عليه العتق لأنه إذا باعه لم يملك عتقه ، قال : إن باعه يعتق عليه ، أعنى من مال البائع إذا باعه ، وبه قال مالك والشافعي ، وبالأول قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري . وفروع هذا الباب كثيرة ، وفي هذا كفاية .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الكتابة

والنظر الكلى في الكتابة ينحصر في أركانها وشروطها وأحكامها : أما الأركان ثلاثة : العقد وشروطه وصفته ، والعاقدة ، والمعتق عليه وصفاتها ؛ ونحن نذكر المسائل المشهورة لأهل الأمصار في جنس جنس من هذه الأجناس :

القول في مسائل العقد

فن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم في عقد الكتابة : هل هو واجب أو مندوب إليه ؟ فقال فقهاء الأمصار : إنه مندوب ؛ وقال أهل الظاهر : هو واجب ، واحتجوا بظاهر قوله تعالى - فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَسَيْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا - والأمر على الوجوب . وأما الجمهور فإنهم لما رأوا أن الأصل هو أن لا يبيع أحد على عتق مملوكه حملوا هذه الآية على التنب لئلا تكون معارضة لهذا الأصل ، وأيضا فإنه لما لم يكن للعبد أن يحكم له على سيئه ، بالبيع له وهو خروج رقبته عن ملكه بعوض ، فأحرى أن لا يحكم له عليه بخروجه عن غير عوض هو مالكة ، وذلك أن كسب العبد هو للسيد ،

وهذه المسئلة هي أقرب أن تكون من أحكام العقد من أن تكون من أركانه ، وهذا العقد بالجملة هو أن يشتري العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد . فأركان هذا العقد الثمن والمثمن والأجل والألفاظ الدالة على هذا العقد . فأما الثمن ، فإنهم اتفقوا على أنه يجوز إذا كان معلوما بالعلم الذى يشترط فى البيوع . واختلفوا إذا كان فى لفظه إيهام مّا ، فقال أبو حنيفة ومالك : يجوز أن يكتب عبده على جارية أو عبد من غير أن يصفهما ويكون له الوسط من العبيد ، وقال الشافعى : لا يجوز حتى يصفه ؛ فمن اعتبر فى هذا طلب المعاينة شبهه بالبيوع ، ومن رأى أن هذا العقد مقصوده المكارمة وعدم التشاح جوز فيه الفرر اليسير كحال اختلافهم فى الصداق ؛ ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا ما لا يجوز بين الأجنبى والأجنبى من مثل بيع الطعام قبل قبضه ، وفسخ الدين فى الدين ، وضع وتعجل ؛ ومنع ذلك الشافعى وأحمد وعن أبى حنيفة القولان جميعا . وعمدة من أجازه أنه ليس بين السيد وعبده ربا ، لأنه وماله له ، وإنما الكتابة سنة على حدتها . وأما الأجل فإنهم اتفقوا على أنه يجوز أن تكون مؤجلة ، واختلفوا فى هل تجوز حالة ، وذلك أيضا بعد اتفاقهم على أنها تجوز حالة على مال موجود عند العبد ، وهى التى يسمونها قطاعة لا كتابة . وأما الكتابة فهى التى يشتري العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه . فوضع الخلاف إنما هو هل يجوز أن يشتري نفسه من سيده بمال حال ليس هو بيده ؟ فقال الشافعى : هذا الكلام لغو ، وليس يلزم السيد شيء منه ؛ وقال متأخروا أصحاب مالك : قد لزمّت الكتابة للسيد ويرفعه العبد إلى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد : وعمدة المالكية أن السيد قد أوجب لعبده الكتابة ، إلا أنه اشترط فيها شرطا يتعذر غالبا ، فصحح العقد وبطل الشرط . وعمدة الشافعية أن الشرط الفاسد يعود ببطلان أصل العقد كمن باع جاريته واشترط أن لا يطأها ، وذلك أنه إذا لم يكن له مال حاضر أدى إلى عجزه ، وذلك ضد مقصود الكتابة : وحاصل قول المالكية يرجع إلى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجمة ، وأنه إذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد . واتفقوا على أنه إذا قال السيد لعبده : لقد كاتبتك على ألف درهم فإذا أديتها فأنت حرّ أنه إذا أداها جرح . واختلفوا إذا قال له : قد

كاتبك على ألف درهم وسكت هل يكون حرا دون أن يقول له : فإذا أدتها فأنت حر ؟ فقال مالك وأبو حنيفة : هو حر ، لأن اسم الكتابة لفظ شرعى ، فهو يتضمن جميع أحكامه ؛ وقال قوم : لا يكون حرا حتى يصرح بلفظ الأداء . واختلف فى ذلك قول الشافعى . ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ومالك فيمن قال لعبده : أنت حر وعليك ألف دينار ، فاختلف المذهب فى ذلك ؛ فقال مالك : يلزمه وهو حر ؛ وقال ابن القاسم : هو حر ولا يلزمه . وأما إن قال : أنت حر على أن عليك ألف دينار ، فاختلف المذهب فى ذلك فقال مالك : هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء ؛ وقيل العبد بالخيار ، فإن اختار الحرية لزمه المال ونفذت الحرية وإلا بقى عبدا ؛ وقيل إن قبل كانت كتابة يعتق إذا أدى ، والقولان لابن القاسم ؛ وتجاوز الكتابة عند مالك على عمل محدود ، وتجاوز عنده الكتابة المطلقة ، ويرد إلى أن كتابة مثله كالحال فى النكاح ، وتجاوز الكتابة عنده على قيمة العبد ، أعنى كتابة مثله فى الزمان والتمن ، ومن هنا قيل إنه تجوز عنده الكتابة الحالة . واختلف هل من شرط هذا العقد أن يضع السيد من آخر أنجم الكتابة شيئا عن المكاتب لاختلافهم فى مفهوم قوله تعالى - وَأَتَوْهُم مِّنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِى آتَاكُمْ - . وذلك أن بعضهم رأى أن السادة هم المخاطبون بهذه الآية ؛ ورأى بعضهم أنهم جماعة المسلمين ندبوا لعون المكاتبين ؛ والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب أو على الندب ؟ والذين قالوا بذلك اختلفوا فى القدر الواجب ، فقال بعضهم : ما ينطلق عليه اسم شيء ، وبعضهم حده . وأما المكاتب ففيه مسائل : أحداها هل تجوز كتابة المراهق ؟ وهل يجمع فى الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد ؟ وهل تجوز كتابة من يملك فى العبد بعضه بغير إذن شريكه ؟ وهل تجوز كتابة من لا يقدر على السعى ؟ وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق ؟ . فأما كتابة المراهق القوى على السعى الذى لم يبلغ الحلم ، فأجازها أبو حنيفة ، ومنعها الشافعى إلا للبالغ ، وعن مالك القولان جميعا . فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود . وعمدة من لم يشترطه أنه يجوز بين السيد وعبده ما لا يجوز بين الأجانب ، وأن المقصود من ذلك هو القوة على السعى ، وذلك موجود فى غير البالغ . وأما هل يجمع فى الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد ؟ فإن

العلماء اختلفوا في ذلك ، ثم إذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحد منهم إلا يعتق جميعهم ؟ فيه أيضا خلاف . فأما هل يجوز الجمع ؟ فإن الجمهور على جواز ذلك ، ومنعه قوم ، وهو أحد قولي الشافعي . وأما هل يكون بعضهم حملاء عن بعض ؟ فإن فيه لمن أجاز الجمع ثلاثة أقوال : فقالت طائفة : ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة ، أعنى حمالة بعضهم عن بعض ، وبه قال مالك وسفيان ؛ وقال آخرون : لا يلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ؛ وقال الشافعي : لا يجوز ذلك لا بالشرط ولا بمطلق العقد ، ويعتق كل واحد منهم إذا أدى قدر حصته . فعمدة من منع الشركة ما في ذلك من الغرر ، لأن قدر ما يلزم واحدا واحدا من ذلك مجهول . وعمدة من أجاز أنه الغرر اليسير يستخف في الكتابة ، لأنه بين السيد وعبد ، والعبد وماله أسيد . وأما مالك فحجته أنه لما كانت الكتابة واحدة وجب أن يكون حكمهم كحكم الشخص الواحد . وعمدة الشافعية أن حمالة بعضهم عن بعض لا فرق بينها وبين حمالة الأجنيبين ؛ فن رأى أن حمالة الأجنيبين في الكتابة لا يجوز قال : لا يجوز في هذا الموضع . وإنما متعوا حمالة الكتابة لأنه إذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شيء يرجع عليه ، وهذا كأنه ليس يظهر في حمالة العبيد بعضهم عن بعض ، وإنما الذي يظهر في ذلك أن هذا الشرط هو سبب لأن يعجز من يقدر على السعي . يعجز من لا يقدر عليه ، فهو غرر خاص بالكتابة ، إلا أن يقال أيضا إن الجمع يكون سببا لأن يخرج حرا من لا يقدر من نفسه أن يسعى حتى يخرج حرا فهو كما يعود برق من يقدر على السعي ، كذلك يعود بحرية من لا يقدر على السعي . وأما أبو حنيفة فشبها بحمالة الأجنيبي مع الأجنيبي في الحقوق التي تجوز فيها الحمالة فالزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط ، وهو مع هذا أيضا لا يجيز حمالة الكتابة . وأما العبد بين الشريكين فإن العلماء اختلفوا هل لأحدهما أن يكتب نصيبه دون إذن صاحبه ، فقال بعضهم : ليس له ذلك والكتابة مفسوخة ، وما قبض منها هي بينهم على قدر حصصهم ؛ وقالت طائفة : لا يجوز أن يكتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه ؛ وفرقت فرقة فقالت : يجوز بإذن شريكه ولا يجوز بغير إذن شريكه . وبالقول الأول

قال مالك ، وبالثاني قال ابن أبي ليلى وأحمد ، وبالثالث قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قولي ، وله قول آخر مثل قول مالك . وعمدة مالك أنه لو جاز ذلك لأدى إلى أن يعتق العبد كله بالتقويم على الذي كاتب حظه منه ، وذلك لا يجوز إلا في تبعض العتق ؛ ومن رأى أن له أن يكتبه رأى أن عليه أن يتم عتقه إذا أدى الكتابة إذا كان موسرا ، فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج بأصل لا يوافقه عليه الخصم ، لكن ليس يمنع من صحة الأصل أن لا يوافقه عليه الخصم . وأما اشتراط الإذن فضعيف ، وأبو حنيفة يرى في كيفية أداء المال للمكاتب إذا كانت الكتابة عن إذن شريكه أن كل ما أدى للشريك الذي كاتبه يأخذ منه الشريك الثاني نصيبه ، ويرجع بالباقي على العبد فيسعى له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه ، وهذا فيه بعد عن الأصول . وأما هل تجوز مكاتبته من لا يقدر على السعى فلا خلاف فيما أعلم بينهم أن شرط المكاتب أن يكون قويا على السعى لقوله تعالى - إن علمتم فيهم خيرا - ، قد اختلف العلماء ما الخير الذي اشترطه الله في المكاتبين في قوله - إن علمتم فيهم خيرا - فقال الشافعي : الاكتساب والأمانة ؛ وقال بعضهم : المال والأمانة ؛ وقال آخرون : الصلاح والدين ؛ وأنكر بعض العلماء أن يكاتب من لا حرفة له مخافة السؤال ، وأجاز ذلك بعضهم لحديث بريرة « أنها كتبت أن تسأل الناس » وكره أن تكاتب الأمة التي لا اكتساب لها بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة إلى الزنا ؛ وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق إلا أم الولد إذ ليس له عند مالك أن يستخدمها :

القول في المكاتب

وأما المكاتب فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم . واختلفوا هل للمكاتب أن يكاتب عنده أم لا ؟ وسيأتي هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لا يجوز ؛ ولم يجز مالك أن يكاتب العبد المأذون له في التجارة ، لأن الكتابة عتق ولا يجوز له أن يعتق ؛ وكذلك لا يجوز كتابة من أحاط الدين بماله . إلا أن يجيز الغرماء ذلك إذا كان في ثمن

كتابته إن بيعت (١) مثل ثمن رقية . وأما كتابة المريض ، فإنها عنده في الثلث توقف حتى يصبح فتجوز . أه يموت فتكون من الثلث كالعق سوا ، وقد قيل : إن حابي كان كذلك وإن لم يحاب سعي ، فإن أدى وهو في المرض عتق ، وتجوز عنده كتابة النصراني المسلم ، ويبيع عليه كما يبيع عليه العبد المسلم عنده فهذه هي مشهورات المسائل التي تتعلق بالأركان ، أغنى المكاتب والمكاتب والكتابة : وأما الأحكام فكثيرة ، وكذلك الشروط التي تجوز فيها من التي لا تجوز . ويشبه أن تكون أجناس الأحكام الأولى في هذا العقد هو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق ، وكيف حاله إن مات قبل أن يعتق أو يرق ، ومن يدخل معه في حال الكتابة ممن لا يدخل ، وتميز ما بقي عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه . فلنبداً بذكر مسائل الأحكام المشهورة التي في جنس من هذه الأجناس الخمسة .

الجنس الأول

فأما متى يخرج من الرق ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يخرج من الرق إذا أدى جميع الكتابة ، واختلفوا إذا عجز عن البعض وقد أدى البعض ، فقال الجمهور : هو عبد ما بقي من كتابته شيء ، وإنه يرق إذا عجز عن البعض . وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذي عليه الجمهور أقوال أربعة : أحدها أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة . والثاني أنه يعتق منه بقدر ما أدى . والثالث أنه يعتق إن أدى النصف فأكثر . والرابع إن أدى الثلث وإلا فهو عبد . وعمدة الجمهور ما أخرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أَيْمًا عَبْدٌ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ فَأَدَاهَا إِلَّا عَشْرَةَ أَوَاقٍ فَهُوَ عَبْدٌ » ، وَأَيْمًا عَبْدٌ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ فَأَدَاهَا إِلَّا عَشْرَةَ فَهُوَ عَبْدٌ » . وعمدة من رأى أنه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهه إياه بالبيع ، فكأن المكاتب اشترى نفسه من سيده ، فإن عجز لم يكن له إلا أن يتبعه بالمال ، كما لو أفلس من اشتراه منه إلى أجل وقد مات . وعمدة

(١) هكذا ببعض النسخ ، وفي بعضها إسقاط لفظ : إن بيعت . أمه مصححه

من رأى أنه يعتق منه بقدر ما أدى ما رواه يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يُؤَدَّى الْمُكَاتَبُ بِقَدَرِ مَا أَدَّى دِيَّةَ حُرٍّ وَيَقْدَرُ مَا رُقٍّ مِنْهُ دِيَّةَ عَبْدٍ » خرجه النسائي ، والخلاف فيه من قبل عكرمة ، كما أن الخلاف في أحاديث عمرو بن شعيب من قبل أنه روى من صحيحة ، وبهذا القول قال على ، أعنى بحديث ابن عباس . وروى عن عمر بن الخطاب أنه إذا أدى الشطر عتق . وكان ابن مسعود يقول : إذا أدى الثلث . وأقوال الصحابة وإن لم تكن حجة ، فالظاهر أن التقدير إذا صدر منهم أنه محمول على أن في ذلك سنة بلغتهم . وفي المسئلة قول خامس : إذا أدى الثلاثة الأرباع عتق ، وبقي عديما في باقي المال : وقد قيل إن أدى القيمة فهو غريم ، وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت . والأشهر عن عمر وأم سلمة هو مثل قول الجمهور ، وقول هؤلاء هو الذي اعتمده فقهاء الأمصار ، وذلك أنه صحت الرواية في ذلك عنهم صحة لاشك فيها ، روى ذلك مالك في ووطئه . وأيضا فهو أحوط لأموال السادات ، ولأن في المبيعات يرجع في عين المبيع له إذا أفلس المشتري

الجنس الثاني

وأما متى يرق ، فإنهم اتفقوا على أنه إنما يرق إذا عجز إما عن البعض وإما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم . واختلفوا هل للعبد أن يعجز نفسه إذا شاء من غير سبب ، أم ليس له ذلك إلا بسبب ؟ فقال الشافعي : الكتابة عقد لازم في حق العبد . وهي في حق السيد غير لازمة ؛ وقال مالك وأبو حنيفة : الكتابة عقد لازم من الطرفين : أي بين العبد والسيد . وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن العبد والسيد لا يخلو أن يتفقا على التعجيز أو يختلفا ، ثم إذا اختلفا فلما أن يريد السيد التعجيز وبأباه العبد ، أو بالعكس ، أعنى أن يريد به السيد البقاء على الكتابة ، ويريد العبد التعجيز . فأما إذا اتفقا على التعجيز فلا يخلو الأمر من قسمين : أحدهما أن يكون دخل في الكتابة ولده . أو لا يكون ، فإن

(١) هكذا بالنسخ ، والمشهور من مذهب الشافعي عكس ما يقوله ، وربما دل له ما يأتي من الاستدلال . تأمل اه مصححه .

كان دخل ولد في الكتابة فلا خلاف عنده أنه لا يجوز التعجيز . وإن لم يكن له ولد ففي ذلك روايتان : إحداهما أنه لا يجوز إذا كان له مال ، وبه قال أبو حنيفة ، والأخرى أنه يجوز له ذلك . فأما إن طلب العبد التعجيز وأبى السيد لم يكن ذلك للعبد إن كان معه مال أو كانت له قوة على السعي . وأما إن أراد السيد التعجيز وأباه العبد ، فإنه لا يعجزه عنده إلا بحكم حاكم ، وذلك يعد أن يثبت السيد عند الحاكم أنه لا مال له ولا قدرة على الأداء :

ونرجع إلى عمدة أدلتهم في أصل الخلاف في المسئلة ، فعمدة الشافعي ما روى أن بريرة جاءت إلى عائشة تقول لها : « إني أريد أن تشتريني تعتقني ، فقالت لها : إن أراد أهلك ، فجاءت أهلها فباعوها وهي مكاتبة » خرجه البخاري . وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقد اللازمة ، ولأن حكم العبد في هذا المعنى يجب أن يكون كحكم السيد وذلك أن العقود من شأنها أن يكون بالزوم فيها أو الخيار مستويا في الطرفين ، وأما أن يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثاني فخارج عن الأصول ، وعلاوا حديث بريرة بأن الذي باع أهلها كانت كتابتها لارقيتها . والحنفية تقول : لما كان المقلب في الكتابة حق العبد ، وجب أن يكون العقد لازما في حق الآخر المقلب عليه وهو السيد أصله النكاح ، لأنه غير لازم في حق الزوج لمكان الطلاق الذي بيده وهو لازم في حق الزوجة ، والمالكية تعترض هذا بأن تقول إنه عقد لازم فيما وقع به العوض ، إذ كان ليس له أن يسترجع الصداق .

الجنس الثالث

وأما حكمه إذا مات قبل أن يؤدي الكتابة ، فاتفقوا على أنه إذا مات دون واد قبل أن يؤدي من الكتابة شيئا أنه يرق . واختلفوا إذا مات عن ولد فقال مالك : حكم ولده كحكمه ، فإن ترك مالا فيه وفاء للكتابة أدوه وعتقوا ، وإن لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعي بقوا على نجوم أبيهم حتى يعجزوا أو يعتقوا ، وإن لم يكن عندهم لا مال ولا قدرة على السعي رقوا ، وأنه إن فضل عن الكتابة شيء من ماله ورثوه على حكم ميراث الأحرار ، وأنه ليس يرثه إلا ولده الذين هم في الكتابة معه دون سواهم من وارثيه إن كان له وارث

غير الولد الذي معه في الكتابة . وقال أبو حنيفة : إنه يرثه بعد أداء كتابته من المال الذي ترك جميع أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة وأولاده الأحرار وسائر ورثته . وقال الشافعي : لا يرثه بنوه الأحرار ولا الذين كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة ، وماله لسيده ، وعلى أولاده الذين كاتب عليهم أن يسعوا من الكتابة في مقدار حظوظهم منها ، وتسقط حصة الأب عنهم ، وبسقوط حصة الأب عنهم قال أبو حنيفة وسائر الكوفيين . والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم : تعتبر القيمة ، وهو قول الشافعي ؛ وقيل بالثمن ؛ وقيل حصته على مقدار الرءوس . وإنما قال هؤلاء بسقوط حصة الأب عن الأبناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا في الكتابة ، لأن من ولد له أولاد في الكتابة فهم تبع لأبيهم . وعمدة مالك أن المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض ، ولذلك من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقي . وعمدة الفريق الثاني أن الكتابة لا تضمن . وروى مالك عن عبد الملك بن مروان في موطنه مثل قول الكوفيين . وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب ؟ فعند مالك أنه يموت مكاتباً ؛ وعند أبي حنيفة أنه يموت حراً ؛ وعند الشافعي أنه يموت عبداً . وعلى هذه الأصول بنوا الحكم فيه . فعلمة الشافعية أن العبودية والحرية ليس بينهما وسط ، وإذا مات المكاتب فليس حراً بعد ، لأن حرية إنما تجب بأداء كتابته وهو لم يؤديها بعد ، فقد بقي أنه مات عبداً لأنه لا يصح أن يعتق الميت . وعمدة الحنفية أن العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذي كاتب عليه ، لأنه ليس له أن يرق نفسه ، والحرية يجب أن تكون حاصلة له بوجود المال لا بدفعه إلى السيد . وأما مالك فجعل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهي الكتابة ، فن حين لم يورث أولاده الأحرار منه جعل له حكم العبيد ، ومن حين لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الأحرار ، والمسئلة في جلد الاجتهاد . ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم في أم ولد المكاتب إذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدر على السعى وأرادت الأم أن تسعى عليهم ، فقال مالك : لها ذلك ؛ وقال الشافعي والكوفيون : ليس لها ذلك . وعمدتهم أن أم الولد إذا مات المكاتب مال من مال السيد ؛ وأما مالك فيرى أن حرمة الكتابة التي لسيدها صائرة إليها وإلى بناتها . ولم يختلف قول مالك أن المكاتب

إذا ترك بنين صغاراً لا يستطيعون السعى ، وترك أم ولد لا تستطيع السعى أنها تباع ويؤدى منها باقى الكتابة . وعند أبى يوسف ومحمد بن الحسن أنه لا يجوز بيع المكاتب لأم ولده ، ويجوز عند أبى حنيفة والشافعى . واختلف أصحاب مالك فى أم ولد المكاتب إذا مات المكاتب وترك بنين ووفاه كتابته ، هل تعتق أم ولده أم لا ؟ فقال ابن القاسم : إذا كان معها ولد عتقت وإلا رقت ؛ وقال أشهب : تعتق على كل حال ؛ وعلى أصل الشافعى كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون فى أداء ما عليه من كتابته كانوا معه فى عقد الكتابة ، أو كانوا ولدوا فى الكتابة ، وإنما عليهم السعى ؛ وعلى أصل أبى حنيفة يكون حراً ولا بد ؛ ومذهب ابن القاسم كأنه استحسان .

الجنس الرابع

وهو النظر فيما يدخل معه فى عقد الكتابة ومن لا يدخل . واتفقوا من هذا الباب على أن ولد المكاتب لا يدخل فى كتابة المكاتب إلا بالشرط ، لأنه عبد آخر لسيده . وكذلك اتفقوا على دخول ما ولد له فى الكتابة فيها . واختلفوا فى أم الولد على ما تقدم . وكذلك اختلفوا فى دخول ماله أيضاً بمطلق العقد ؛ فقال مالك : يدخل ماله فى الكتابة ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة : لا يدخل ؛ وقال الأوزاعى : يدخل بالشرط ، أعنى إذا اشترطه المكاتب ، وهذه المسئلة مبنية على : هل يملك العبد أم لا يملك ، وعلى هل يتبعه ماله فى العتق أم لا ؟ وقد تقدم ذلك .

الجنس الخامس

وهو النظر فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر ، وما بقى من أحكام العبد فيه ؟

ف نقول : إنه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب أن يهب من ماله شيئاً له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير إذن سيده ، فإنه محجور عليه فى هذه الأمور وأشباهاها ، أعنى أنه ليس له أن يخرج من يده شيئاً من غير عوض . واختلفوا من هذا الباب فى فروع منها أنه إذا لم يعلم السيد بهبته

أو بعثه إلا بعد أداء كتابته ، فقال مالك وجماعة من العلماء إن ذلك نافذ ومنعه بعضهم . وعمدة من منعه أن ذلك وقع في حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان فاسدا . وعمدة من أجازاه أن السبب المانع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة أن يعجز العبد . وسبب اختلافهم هل إذن السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط صحته ؟ فن قال من شرط الصحة لم يجره وإن عتق ؛ ومن قال من شرط لزومه قال يجوز إذا عتق لأنه وقع عقدا صحيحا ، فلما ارتفع الإذن المرتقب فيه صح العقد كما لو أذن هذا كله عند من أجاز عتقه إذا أذن السيد ، فإن الناس اختلفوا أيضا في ذلك بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز عتقه إذا لم يأذن السيد ، فقال قوم : ذلك جائز ؛ وقال قوم : لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، وبالجواز قال مالك ؛ وعن الشافعي في ذلك القولان جميعا . والذين أجازوا ذلك اختلفوا في ولاء المعتق لمن يكون ، فقال مالك : إن مات المكاتب قبل أن يعتق كان ولاء عبده لسيده ، وإن مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له ؛ وقال قوم من هؤلاء : بل ولاؤه على كل حال لسيده . وعمدة من لم يجر عتق المكاتب أن الولاء يكون للمعتق ، لقوله عليه الصلاة والسلام «لَا نَمَّا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» ولا ولاء للمكاتب في حين كتابته فلم يصح عتقه . وعمدة من رأى أن الولاء للسيد أن عبد عبده بمنزلة عبده ؛ ومن فرق بين ذلك فهو استحسان . ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب أن ينكح أو يسافر بغير إذن سيده ؟ فقال جمهورهم : ليس له أن ينكح إلا بإذن سيده ؛ وأباح بعضهم النكاح له . وأما السفر فأباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم ، وبه قال مالك وأباحه سحنون من أصحاب مالك ، ولم يجز للسيد أن يشترطه على المكاتب ، وأجاز ابن القاسم في السفر القريب . والعلة في منع النكاح أنه يخاف أن يكون ذلك ذريعة إلى عجزه . والعلة في جواز السفر أن به يقوى على التكسب في أداء كتابته . وبالحكمة فللعلماء في هذه المسئلة ثلاثة أقوال : أحدها أن للمكاتب أن يسافر بإذن سيده وبغير إذنه ، ولا يجوز أن يشترط عليه أن لا يسافر ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . والقول الثاني إنه ليس له أن يسافر إلا بإذن سيده ، وبه قال مالك . والثالث أن بمطلق عقد الكتابة له أن يسافر إلا أن يشترط عليه سيده أن لا يسافر ، وبه قال أحمد والثوري وغيرهما . ومن هذا الباب اختلافهم

بقى هل للمكاتب أن يكتاتب عبدا له ؟ فأجاز ذلك مالك ما لم يُرد به المحاباة ،
وبه قال أبو حنيفة والثوري . وللشافعي قولان : أحدهما إثبات الكتابة ،
والآخر إبطالها . وعمدة الجماعة أنها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح
فأشبهه سائر العقود المباحة من البيع والشراء . وعمدة الشافعية أن الولاء لمن
أعتق ولا ولاء للمكاتب ، لأنه ليس بحر . واتفقوا على أنه لا يجوز للسيد انتزاع
شيء من ماله ولا الانتفاع منه بشيء . واختلفوا في وطء السيد أمته المكاتب ،
فصار الجمهور إلى منعه ذلك ؛ وقال أحمد وداود وسعيد بن المسيب من
التابعين ذلك جائزا إذا اشترطه عليها . وعمدة الجمهور أنه وطء تقع الفرفة فيه
إلى أجل آت فأشبهه النكاح إلى أجل . وعمدة الفريق الثاني تشبيهها بالمدبرة :
وأجمعوا على أنها إن عجزت حل وطؤها . واختلف الذين منعوا ذلك إذا وطئها
هل عليه حد أم لا ؟ فقال جمهورهم : لا حد عليه لأنه وطء بشبهة ؛ وقال
بعضهم : عليه الحد : واختلفوا في إيجاب الصداق لها ، والعلماء قيا أعلم على
أنه في أحكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك
حما يختص به العبد . ومن هذا الباب اختلافهم في بيعه ؛ فقال الجمهور :
لا يباع المكاتب إلا بشرط أن يبقى على كتابته عند مشريه ؛ وقال بعضهم :
بيعه جائز ما لم يؤد شيئا من كتابته ، لأن بيرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها
شيئا ؛ وقال بعضهم : إذا رضى المكاتب بالبيع جاز ، وهو قول الشافعي ، لأن
الكتابة عنده ليست بعقد لازم في حق العبد ، واحتج بحديث بريدة إذ بيعت
وهي مكاتب . وعمدة من لم يجوز بيع المكاتب ما في ذلك من نقض العهد ، وقد
أمر الله تعالى بالوفاء به ، وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم أم لا ؟
وكذلك اختلفوا في بيع الكتابة ، فقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يجوز ذلك ،
وأجازها مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ، ومن أجاز ذلك شبهه بيعها ببيع
الدين ، ومن لم يجوز ذلك رآه من باب الغرر ؛ وكذلك شبه مالك الشفعة فيها
ببالشفعة في الدين ، وفي ذلك أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أعنى في الشفعة
في الدين ؛ ومذهب مالك في بيع الكتابة أنها إن كانت يذهب أنها تجوز بعرض
معجل لا مؤجل لما يدخل في ذلك من الدين بالدين . وإن كانت الكتابة
بعرض كان شراؤها يذهب أو فضة معجلين أو بعرض مخالف ، وإذا أعتق

فولأؤه للمكاتب للمشتري : ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد أن يجبر العبد على الكتابة أم لا ؟ .

وأما شروط الكتابة فمنها شرعية هي من شروط صحة العقد ، وقد تقدمت عند ذكر أركان الكتابة . ومنها شروط بحسب التراضى ، وهذه الشروط منها ما يفسد العقد ، ومنها ما إذا تمسك به أفسدت العقد وإذا تركت صح العقد ، ومنها شروط جائزة غير لازمة ، ومنها شروط لازمة ، وهذه كلها هي مبسطة في كتب الفروع ، وليس كتابنا هذا كتاب فروع ، وإنما هو كتاب أصول ، والشروط التي تفسد العقد بالجملة هي الشروط التي هي ضد شروط الصحة المشروعة في العقد . والشروط الجائزة هي التي لا تؤدي إلى إخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها ، فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها ، وإنما يختلفون في الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط من شروط الصحة أو ليس منها ، وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من إخلالها بشروط الصحة ، ولذلك جعل مالك جنسا ثالثا من الشروط ، وهي الشروط التي إن تمسك بها المشتري فسد العقد ، وإن لم يتمسك بها جاز ، وهذا ينبغي أن تفهمه في سائر العقود الشرعية . فن مسائلهم المشهورة في هذا الباب إذا اشترط في الكتابة شرطا من خدمة أو سفر أو نحوه وقوى على أداء نجومه قبل محل أجل الكتابة هل يعتق . أم لا ؟ فقال مالك وجماعة : ذلك الشرط باطل ، ويعتق إذا أدى جميع المال ، وقالت طائفة : لا يعتق حتى يؤدي جميع المال ، ويأتى بذلك الشرط وهو مروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أعتق رقيق الإمارة وشرط عليهم أن يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين . ولم يختلفوا أن العبد إذا أعتقه سيده على أن يخدمه سنين أنه لا يتم عتقه إلا بخدمة تلك السنين ، ولذلك القياس قول من قال : إن الشرط لازم . فهذه المسائل الواقعة المشهورة في أصول هذا الكتاب .

وههنا مسائل تذكر في هذا الكتاب وهي من كتب أخرى ، وذلك أنها إذا ذكرت في هذا الكتاب ذكرت على أنها فروع تابعة للأصول فيه ، وإذا ذكرت في غيره ذكرت على أنها أصول ، ولذلك كان الأولى ذكرها في هذا الكتاب . فن ذلك اختلافهم إذا زوج السيد بنته من مكاتبه ، ثم مات السيد وورثته البنت ، فقال مالك والشافعي : ينفسخ النكاح لأنها ملكت جزءا منه ،

وملك يمين المرأة محرم عليها بإجماع ؛ وقال أبو حنيفة : يصح النكاح ، لأن الذي ورثت إنما هو مال في ذمة المكاتب لارقة المكاتب ، وهذه المسئلة هي أحتى بكتاب النكاح . ومن هذا الباب اختلافهم إذا مات المكاتب وعليه دين وبعض الكتابة هل يخص سيده الغرماء أم لا ؟ فقال الجمهور : لا يخص الغرماء ؛ وقال شريح وابن أبي ليلى وجماعة : يضرب السيد مع الغرماء . وكذلك اختلفوا إذا أفلس وعليه دين يغترق ما يملكه ، هل يتعدى ذلك إلى رقبته ؟ فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : لا سييل لهم إلى رقبته ؛ وقال الثوري وأحمد : يأخذونه إلا أن يفتكه السيد . واتفقوا على أنه إذا عجز عن عقل الجنائيات أنه يسلم فيها إلا أن يعقل عنه سيده ، والقول في هل يخص سيده الغرماء أولا يخص هو من كتاب التفليس ، والقول في جنائته هو من باب الجنائيات . ومن مسائل الأفضية التي هي فروع في هذا الباب وأصل في باب الأفضية اختلافهم في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب في مال الكتابة ؛ فقال مالك وأبو حنيفة : القول قول المكاتب ؛ وقال الشافعي ومحمد وأبو يوسف يتحالفان ويتفاحان قياسا على المتبايعين ، وفروع هذا الباب كثيرة ، لكن الذي حضر منها الآن في الذكر هو ما ذكرناه ، ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الأمصار وهي قريبة من المسموع ، فينبغي أن تثبت في هذا الموضع إذ كان القصد إنما هو إثبات المسائل المشهورة التي وقع الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار مع المسائل المنطوق بها في الشرح وذلك أن قصدنا في هذا الكتاب كما قلنا غير مرة : إنما هو أن تثبت المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والخلاف فيها ، ونذكر من المسائل المسكوت عنها التي شهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار ، فإن معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجرى للمجهتد مجرى الأصول في المسكوت عنها وفي النوازل التي لم يشتهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم أو لم ينقل ، ويشبه أن يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم أصول الأسباب التي أوجب خلاف الفقهاء فيها أن يقول ما يجب في نازلة نازلة من النوازل ، أعنى أن يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الأمصار ، أعنى في المسئلة الواحدة بعينها ، ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف ، وذلك

إذا نقل عنه في ذلك فتوى . فأما إذا لم ينقل عنه في ذلك فتوى أو لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الأصول فيمكنه أن يأتي بالجواب بحسب أصول الفقيه الذي يفتى على مذهبه ، وبحسب الحق الذي يؤديه إليه اجتهاده ، ونحن نروم إن شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع في مذهب مالك كتابا جامعاً لأصول مذهبه ومسائله المشهورة التي تجرى في مذهبه مجرى الأصول للتفريع عليها ، وهذا هو الذي عمله ابن القاسم في المدونة ، فإنه جاب جواب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الأصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد في الأحكام والفتوى ، بيد أن في قوة هذا الكتاب أن يبلغ به الإنسان كما قلنا رتبة الاجتهاد إذا تقدم ، فعلم من اللغة العربية وعلم من أصول الفقه مايكفيه في ذلك ، ولذلك رأينا أن أخص الأسماء بهذا الكتاب أن نسميه كتاب :

« بدياة المجتهد وكفاية المقتصد » .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

كتاب التدبير

والنظر في التدبير : في أركانه ، وفي أحكامه . أما الأركان فهي أربعة : المعنى ، واللفظ ، والمدير ، والمدير . وأما الأحكام فصنفان : أحكام العقد ، وأحكام المدير .

(الركن الأول) فنقول : أجمع المسلمون على جواز التدبير ، وهو أن يقول السيد لعبده : أنت حر عن دبر مني ، أو يطلق فيقول : أنت مديبر ، وهذان هما عندهم لفظا التدبير باتفاق . والناس في التدبير والوصية على صنفين : منهم من لم يفرق بينهما ، ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بأن جعل التدبير لإلزاما والوصية غير لازمة . والذين فرقوا بينهما اختلفوا في مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية ؟ أو حكم التدبير ؟ أعني إذا قال : أنت حر بعد موتى ، فقال مالك : إذا قال وهو صحيح : أنت حر بعد موتى فالظاهر أنه وصية ، والقول قوله في ذلك ؛ ويجوز رجوعه فيها إلا أن يريد التدبير . وقال أبو حنيفة : الظاهر من هذا القول التدبير وليس له أن يرجع فيه ، ويقول

مالك قال ابن القاسم ، ويقول أنى حنيفة قال أشهب قال : إلا أن يكون هنالك قرينة تدل على الوصية ، مثل أن يكون على سفر أو يكون مريضا ، وما أشبه ذلك من الأحوال التى جرت العادة أن يكتب الناس فيها وصاياهم ، فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير ، وهو الشافعى ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من ألفاظ صريح التدبير . وأما على مذهب من يفرق فهو إما من كتابات التدبير ، وإما ليس من كتاباته ولا من صريحه ، وذلك أن ما يحمله على الوصية فليس هو عنده من كتاباته ولا من صريحه ، ومن يحمله على التدبير وينويه فى الوصية فهو عنده من كتاباته . وأما المدبر فإنهم اتفقوا على أن الذى يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملك كله أو بعضه . واختلفوا فى حكم من ملك بعضا فدبره ، فقال مالك : يجوز ذلك ، وللذى لم يدبر حظه خياران : أحدهما أن يتقاولاه ، فإن اشتراه الذى دبره كان مدبرا كله ، وإن لم يشتره انتقض التدبير والخيار الثانى أن يقومه عليه الشريك ؛ وقال أبو حنيفة : للشريك الذى لم يدبر ثلاث خيارات : إن شاء استمسك بحصته ، وإن شاء استسمى العبد فى قيمة الحصّة التى له فيه وإن شاء قوّمها على شريكه إن كان موسرا ، وإن كان معسرا استسمى العبد ؛ وقال الشافعى : يجوز التدبير ولا يلزم شىء من هذا كله ، ويبقى العبد المدبر نصفه أو ثلثه على ما هو عليه ، فإذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقى منه على السيد على ما يفعل فى سنة العتق ، لأن المال قد صار لغيره وهم الورثة ، وهذه المسئلة هى من الأحكام لامن الأركان ، أعنى أحكام المدبر فلتثبت فى الأحكام . وأما المدبر فاتفقوا على أن من شروطه أن يكون مالكا تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحا أو مريضا ، وإن من شرطه أن لا يكون ممن أحاط الدين بماله ، لأنهم اتفقوا على أن الدين يبطل التدبير . واختلفوا فى تدبير السفیه . فهذه هى أركان هذا الباب . وأما أحكامه فأصولها راجعة إلى أجناس خمسة : أحدها : مماذا يخرج المدبر ، هل من رأس المال أو الثلث ؟ . والثانى : ما يبقى فيه من أحكام الرق بما ليس يبقى فيه ، أعنى ما دام مدبرا . والثالث : ما يتبعه فى الحرية بما ليس يتبعه . والرابع : مبطلات للتدبير الطارئة عليه . والخامس : فى أحكام تبعض التدبير .

الجنس الأول

فأما لماذا يخرج المدبر إذا مات المدبر ، فإن العلماء اختلفوا في ذلك ؟ فذهب الجمهور إلى أنه يخرج من الثلث ؛ وقالت طائفة : هو من رأس المال معظمهم أهل الظاهر ؛ فن رأي أنهم الثلث شبهه بالوصية ، لأنه حكم يقع بعد الموت . وقد روى حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « المَدْبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ » إلا أنه أثر ضعيف عند أهل الحديث ؛ لأنه رواه علي بن طيبان عن نافع عن عبد الله بن عمر ، وعلي بن طيبان متروك الحديث عند أهل الحديث . ومن رآه من رأس المال شبهه بالشئ يخرج به الإنسان من ماله في حياته فأشبهه الهبة ، واختلف القائلون بأنه من الثلث في فروع ، وهو إذا دبر الزجل غلاما له في صحته ، وأعتق في مرضه الذي مات عنه غلاما آخر فضايق الثلث عن الجمع بينهما ، فقال مالك : يقدم المدبر لأنه كان في الصحة ؛ وقال الشافعي : يقدم المعتق المبطل ، لأنه لا يجوز له رده ، ومن أصله أنه يجوز عنده رد التدبير ، وهذه المسئلة هي أحق بكتاب الوصايا .

وأما الجنس الثاني

فأشهر مسئلة فيه هي هل للمدبر أن يبيع المدبر أم لا ؟ فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة : ليس للسيد أن يبيع مدبره ؛ وقال الشافعي وأحمد وأهل الظاهر وأبو ثور : له أن يرجع فيبيع مدبره ؛ وقال الأوزاعي : لا يباع إلا من رجل يريد عتقه . واختلف أبو حنيفة ومالك من هذه المسئلة في فروع وهو إذا بيع فاعتقه المشتري ، فقال مالك : ينفذ العتق ؛ وقال أبو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء أعتقه المشتري أو لم يعتقه وهو أقيس من نجهة أنه ممنوع عبادة . فعمدة من أجاز بيعه ما ثبت من حديث جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم باع مدبرا » وربما شبهوه بالوصية . وأما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى - يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - لأنه عتق إلى أجل فأنشبه أم الولد أو أشبه العتق المطلق ، فكان سبب الاختلاف ههنا معارضة القياس للنص ، أو العموم للخصوص . ولا بخلاف بينهم أن المدبر أحكامه

فى حدوده وطلاقه وشهادته وسائر أحكامه أحكام العبد . واختلفوا من هذا الباب فى جواز وطء المدبرة ، فجمهور العلماء على جواز وطئها ؛ وروى عن ابن شهاب منع ذلك ؛ وعن الأوزاعى كراهية ذلك إذا لم يكن وطئها قبل التدبير ، وعمدة الجمهور تشبيهاً بأَم الولد ؛ ومن لم يجز ذلك شبهها بالمعتقة إلى أجل ؛ ومنع وطء المعتقة إلى أجل شبهها بالمنكوحة إلى أجل ، وهى المتعة ، واتفقوا على أن للسيد فى المدبر الخدمة ، وللسيدة أن ينزع ماله منه متى شاء كالحال فى العبد ؛ قال مالك : إلا أن يمرض مرضاً يخوف فى فكره له ذلك .

الجنس الثالث

فأما ما يتبعه فى التدبير مما لا يتبعه ، فإن من مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اختلافهم فى ولد المدبرة الذين تلدهم بغد تدبير سيدها من نكاح أو زنى ، فقال الجمهور : ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعقدها ويرقون برقها : وقال الشافعى فى قوله المختار عند أصحابه إنهم لا يعتقون بعقدها وأجمعوا على أنه إذا اعتقها سيدها فى حياته أنهم يعتقون بعقدها . وعمدة الشافعية أنهم إذا لم يعتقوا فى العتق المنجز فأحرى أن لا يعتقوا فى العتق المؤجل بالشرط : واحتج أيضاً بإجماعهم على أن الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها ؛ والجمهور رأوا أن التدبير حرمة مآ ، فأوجبوا اتباع الولد تشبيهاً بالكتابة ، وقول الجمهور مروى عن عثمان وابن مسعود وابن عمر ، وقول الشافعى مروى عن عمر ابن عبد الله بن زباج ومكحول ، وتحصيل مذهب مالك فى هذا أن كل امرأة فولدها تبع لها ، وإن كانت حرة فحرة ، وإن كانت مكاتبه فكانت وإن كانت مدبرة فدبر ، أو معتقة إلى أجل فعتق إلى أجل ، وكذلك أم الولد ولدها بمنزلتها ، وخالف فى ذلك أهل الظاهر ، وكذلك المعتق بعضهم عند مالك : وأجمع العلماء على أن كل ولد من تزويج فهو تابع لأمه فى الرق والحرية وما بينهما من العقود المقتضية إلى الحرية إلا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن أمة زوجها عربى . وأجمعوا على أن كل ولد من ملك يمين أنه تابع لأبيه ، وإن سراً فحر ، وإن عبداً فعبداً ، وإن مكاتباً فكانت مكاتباً . واختلفوا فى المدبر إذا جسرى فولد له فقال مالك : حكمه حكم الأب : يعنى أنه المدبر ؛ وقال

الشافعي وأبو حنيفة : ليس يتبعه ولده في التدبير ، وعمدة مالك الإجماع على أن الولد من ملك اليمين تابع للأب ما عدا المدبر ، وهو من ياب قياس موضع الخلاف على موضع الإجماع ، وعمدة الشافعية أن ولد المدبر مال من ماله ، ومال المدبر للسيد انتزاعه منه وليس يسلم له أنه مال من ماله ، ويتبعه في الحرية ماله عند مالك .

الجنس الرابع

وأما النظر في تبعيض التدبير فقد قلنا فيمن دبر له حظا في عبده دون أن يدبر شريكه ونقله إلى هذا الموضع أولا ، فليقل إليه . وأما من دبر جزءا من عبد هو له كله ، فإنه يقضى عليه بتدبير الكل ، قياسا على من بعض العتق عند مالك .

وأما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير

فمن هذا الباب اختلافهم في إبطال الدين للتدبير ؛ فقال مالك والشافعي : للدين يبطله ؛ وقال أبو حنيفة : ليس يبطله ويسعى في الدين ، وسواء كان للدين مستغرقا للقيمة أو لبعضها . ومن هذا الباب اختلافهم في النصرة يدبر عبدا له نصرانيا ، فيسلم العبد قبل موت سيده ، فقال الشافعي : يباع عليه مائة يسلم ويبطل تدبيره ؛ وقال مالك : يحال بينه وبين سيده ويخرج على سيده النصرة ، ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده ، فإن مات عتق المدبر مالم يكن عليه دين يحيط بماله ؛ وقال الكوفيون : إذا أسلم مدبر النصرة قوّم وسعى العبد في قيمته ، ومدبر الضخعة يقدم عند مالك على مدبر المرض إذا ضاق الثلث عنهما .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب أمهات الأولاد

وأصول هذا الباب النظر في هل تباع أم الولد أم لا ؟ وإن كانت لا تباع متى تكون أم ولد ، وبماذا تكون أم ولد ، وما يبقى فيها لسيدها من أحكام العبودية ، ومتى تكون حرة ؟ .

(أما المسئلة الأولى) فإن العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم ، فالثابت عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بأنها لاتباع وأنها حرة من رأس مال سيدها إذا مات . وروى مثل ذلك عن عثمان . وهو قول أكثر التابعين وجهور فقهاء الأمصار . وكان أبو بكر الصديق وعلى رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأبوسعيد الخدري يجيزون بيع أم الولد ، وبه قالت الظاهرية من فقهاء الأمصار . وقال جابر وأبوسعيد : « كنا نبيع أمهات الأولاد والنبي عليه الصلاة والسلام فينا لا يرى بذلك بأسا » واحتجوا بما روى عن جابر أنه قال « كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدر من خلافة عمر ، ثم نهانا عمر عن بيعهن » ومما اعتمد عليه أهل الظاهر في هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذى يعرف باستصحاب حال الإجماع ، وذلك أنهم قالوا : لما انعقد الإجماع على أنها مملوكة قبل الولادة ، وجب أن تكون كذلك بعد الولادة إلى أن يدل الدليل على غير ذلك ، وقد تبين في كتب الأصول قوة هذا الاستدلال ، وأنه لا يصح عند من يقول بالقياس ، وإنما يكون ذلك دليلا بحسب رأى من ينكر القياس ، وربما احتج الجمهور عاينهم بمثل احتجاجهم ، وهو الذى يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى ، وذلك أنهم يقولون : أليس تعرفون أن الإجماع قد انعقد على منع بيعها في حال حملها ، فإذا كان ذلك وجب أن يستصحب حال هذا الإجماع بعد وضع الحمل ، إلا أن المتأخرين من أهل الظاهر أحدثوا في هذا الأصل نقضا ، وذلك أنهم لا يسلّمون منع بيعها حاملا : ومما اعتمده الجمهور في هذا الباب من الإثر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في مارية سريته لما ولدت إبراهيم « أعتقها وكلدّها » ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أئمتما امرأة وكلدت من سيدها فلانها حرة » إذا مات . وكلا الحديثين لا يثبت عند أهل الحديث ، حكى ذلك أبو عمر ابن عبد البر رحمه الله ، وهو من أهل هذا الشأن ، وربما قالوا أيضا من طريق المعنى أنها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضا منها ، وحكو هذا التعليل عن عمر رضى الله عنه حين رأى أن لا يبعن فقال : خالطت لحومنا لحومهن ، ودمناؤنا دماؤهن . وأما متى تكون أم ولد ، فلأنهم انفقوا

على أنها تكون أم ولد إذا ملكها قبل حملها منه ، واختلفوا إذا ملكها وهي حامل منه أو بعد أن ولدت منه ، فقال مالك : لا تكون أم ولد إذا ولدت منه قبل أن يملكها ثم يملكها وولدها ، وقال أبو حنيفة : تكون أم ولد ، واختلف قول مالك إذا ملكها وهي حامل ، والقياس أن تكون أم ولد في جميع الأحوال إذ كان ليس من مكارم الأخلاق أن يبيع المرء أم ولده ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « بُعِثْتُ لَأُتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ » وأما بماذا تكون أم ولد؟ فإن مالكا قال : كل ما وضعت مما يعلم أنه ولد كانت مضغة أو غلقة ؛ وقال الشافعي : لا بد أن يؤثر في ذلك شيء مثل الخلقة والتخطيط . واختلفهم راجع إلى ما ينطلق عليه اسم الولادة أو ما يتحقق أنه مولود . وأما ما يبقئ فيها من أحكام العبودية ، فإنهم اتفقوا على أنها في شهادتها وحدودها وديتها وأرش جراحها كالأمة . وجمهور من منع بيعها ليس يرون ههنا سببا طارئا عليها . يوجب بيعها إلا ما روى عن عمر بن الخطاب أنها إذا زنت رقت ، واختلف قول مالك والشافعي هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله إياها ؟ فقال مالك : ليس له ذلك ، وإنما له فيها الوطء فقط ، وقال الشافعي : له ذلك وعمدة مالك أنه لما لم يملك رقبتها بالبيع لم يملك لإجارتها ، إلا أنه يرى أن إجارة بنينا من غيره جائزة ، لأن حرمتهم عنده أضعف . وعمدة الشافعي انعقاد الإجماع على أنه يجوز له وطؤها . فسبب الخلاف تردد إجارتها بين أصليين : أحدهما وطؤها . والثاني بيعها . فيجب أن يرجح أقوى الأصلين شيئا . وأما وأما متى تكون حرة ، فإنه لا خلاف بينهم أن ذلك الوقت هو إذا مات السيد ، ولا أعلم الآن أحدا قال تعتق من الثلث ، وقياسها على المدبر ضعيف على قول من يقول : إن المدبر يعتق من الثلث .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الجنايات

والجنايات التي لها حدود مشروعة أربع جنائيات على الأبدان والنفوس والأعضاء وهو المسمى قتلا وجرحا ، وجنايات على الفروج وهو المسمى زنى وسفاحا ، وجنايات على الأموال ، وهذه ما كان منها مأخوذا بحرب سمي حراية

إذا كان بغير تأويل ، وإن كان بتأويل سمي بغيا مأخوذاً على وجه المغافسة من حرز يسمى سرقة ، وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمي غصباً ؛ وجنابات على الأعراض ، وهو المسمى قلداً ؛ وجنابات بالتعدى على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب ، وهذه إنما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الخمر فقط ، وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه ، فلنبتدىء منها بالحدود التي في الدماء فنقول : إن الواجب في إتلاف النفوس والجوارح هو إما قصاص وإما مال ، وهو الذي يسمى الدية ، فإذا نظر أولاً في هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : النظر في القصاص ، والنظر في الدية . والنظر في القصاص ينقسم إلى القصاص في النفوس ، وإلى القصاص في الجوارح . والنظر أيضاً في الديات ينقسم إلى النظر في ديات النفوس ، وإلى النظر في ديات قطع الجوارح والجراح . فينقسم أولاً هذا الكتاب إلى كتابين : أولهما يرسم عليه كتاب القصاص . والثاني يرسم عليه كتاب الديات .

كتاب القصاص

وهذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : الأول : النظر في القصاص في النفوس ؛ والثاني : النظر في القصاص في الجوارح ، فلنبتدأ من القصاص في النفوس .

كتاب القصاص في النفوس

والنظر أولاً في هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : إلى النظر في الموجب ، أعنى الموجب للقصاص . وإلى النظر في الواجب ، أعنى القصاص وفي أبداً له إن كان له بدل . فلنبتدأ أولاً بالنظر في الموجب ، والنظر في الموجب يرجع إلى النظر في صفة القتل والقاتل التي يجب بمجموعها والمقتول القصاص ، فإنه ليس أى قاتل اتفق يقتل منه ، ولا بأى قتل اتفق ، ولا من أى مقتول اتفق ، بل من قاتل محلود يقتل محلود ومقتول محلود ، إذ كان المطلوب في هذا الباب إنما هو العدل : فلنبتدأ من النظر في القاتل ، ثم في القتل ، ثم في المقتول .

القول في شروط القاتل

فنقول : إنهم اتفقوا على أن القاتل الذي يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلاً بالغاً مختاراً للقتل مباشراً غير مشارك له فيه غيره واختلفوا في المكره والمكره ، وبالجمله الأمر والمباشر ، فقال مالك والشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وجماعة : القتل على المباشر دون الأمر ، ويعاقب الأمر ؛ وقالت طائفة : يقتلان جميعاً ، وهذا إذا لم يكن هناك إكراه ولا سلطان للأمر على المأمور . وأما إذا كان للأمر سلطان على المأمور ، أعني المباشر ، فلمهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال : فقال قوم : يقتل الأمر دون المأمور ، ويعاقب المأمور ، وبه قال داود وأبو حنيفة ، وهو أحد قولي الشافعي . وقال قوم : يقتل المأمور دون الأمر ، وهو أحد قولي الشافعي . وقال قوم : يقتلان جميعاً ، وبه قال مالك : فمن لم يوجب حداً على المأمور اعتبر تأثير الإكراه في إسقاط كثير من الواجبات في الشرع ، لكون المكره يشبه من لا اختيار له . ومن رأى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار ، وذلك أن المكره يشبه من جهة الاختار ، ويشبه من جهة المضطر المغلوب ، مثل الذي يسقط من نخله ، والذي تحمله الريح من موضع إلى موضع . ومن رأى قتلهم جميعاً لم يعد المأمور بالإكراه ولا الأمر بعدم المباشرة . ومن رأى قتل الأمر فقط شبه المأمور بالآلة التي لا تنطق . ومن رأى الحد على غير المباشر اعتمد أنه ليس ينطلق عليه اسم قاتل إلا بالاستعارة . وقد اعتمدت المالكية في قتل المكره على القتل بالقتل بإجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له أن يقتل إنساناً فياً كله . وأما المشارك للقاتل عمداً في القتل ، فقد يكون القتل عمداً وخطأً ، وقد يكون القاتل مكلفاً وغير مكلف ، وسندكر العمد عند قتل الجماعة بالواحد : وأما إذا اشترك في القتل عامد وخطئ أو مكلف وغير مكلف ، مثل عامد وصبي أو مجنون ، أو حر وعبد في قتل عبد هند من لا يقيد من الحر بالعبد ، فإن العلماء اختلفوا في ذلك ، فقال مالك والشافعي : على العامد القصاص ، وعلى الخطئ والصبي نصف الدية ؛ إلا أن مالكاً يجعله على العاقلة ؛ والشافعي في ماله على ما يأتي ، وكذلك قال

في الحر والعبد يقتلان العبد عمدا أن العبد يقتل ، وعلى الحر نصف القيمة ، وكذلك الحال في المسلم والذي يقتلان جميعا . وقال أبو حنيفة إذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص ، فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية ، وعمدة الحنفية أن هذه شبهة ، فإن القتل لا يتبع بعض ويمكن أن تكون إفاته نفسه من فعل الذي لا قصاص عليه كما كان ذلك ممن عليه القصاص ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « اذْ رَعُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ » وإذا لم يكن الدم وجب بدله ، وهو الدية . وعمدة الفريق الثاني النظر إلى المصلحة التي تقتضي التغليظ لحوطة الدماء ، فكان كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه ، وفيه ضعف في القياس . وأما صفة الذي يجب به القصاص ، فانفقوا على أنه العمد ، وذلك أنهم أجمعوا على أن القتل صنفان : عمد ، وخطأ . واختلفوا في هل بينهما وسط أم لا ؟ وهو الذي يسمونه شبه العمد ، فقال به جمهور فقهاء الأمصار . والمشهور عن مالك نفيه إلا في الابن مع أبيه ؛ وقد قيل أنه يتخرج عنه في ذلك رواية أخرى ، ويثبتاته قال عمر ابن الخطاب وعلى وعثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الأشعري والمغيرة ، ولا يخالف لهم من الصحابة ؛ والذين قالوا به فرقوا فيما هو شبه العمد بما ليس بعمد ، وذلك راجع في الأغلب إلى الآلات التي يقع بها القتل ، وإلى الأحوال التي كان من أجلها الضرب ؛ فقال أبو حنيفة : كل ما عدا الحديد من انقضب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد ؛ وقال أبو يوسف ومحمد : شبه العمد ما لا يقتل مثله ؛ وقال الشافعي : شبه العمد ما كان عمدا في الضرب خطأ في القتل : أي ما كان ضربا لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل . والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعا : والعمد ما كان عمدا فيهما جميعا ، وهو حسن . فعمدة من نفي شبه العمد أنه لا واسطة بين الخطأ والعمد ، أعني بين أن يقصد القتل أولا يقصده : وعمدة من أثبت الوسط أن النيات لا يطالع عليها إلا الله تبارك وتعالى وإنما الحكم بما ظهر . فمن قصد ضرب آخر بآلة لا تقتل غالبا كان حكمه كحكم الغالب ، أعني حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف . ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالبا كان حكمه مترددا بين العمد والخطأ هذا في حقنا لافي حق الأمر نفسه عند الله تعالى . أما شبه العمد فن

جهة ما قصد ضربه . وأما شبهه للخطأ فمن جهة أنه ضرب بما لا يقصد به القتل .
وقد روى حديث مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أَلَا إِنَّ قَتْلَ
الْخَطَا شِبْهَ الْعَمْدِ مَا كَانَ بِالسَّوْطِ وَالْعَصَا وَالْحَجَرِ دَيْتُهُ مُغْلَظَةٌ
مِائَةً مِنَ الْإِبِلِ مِنْهَا أَرْبَعُونَ فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا » إلا أنه حديث
مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الإسناد فيما ذكره أبو عمر
ابن عبد البر ، وإن كان أبو داود وغيره قد أخرجه ، فهذا النحو من القتل عند
من لا يثبت به القصاص ، وعند من أثبت نجب به الدية ، ولا خلاف
في مذهب مالك أن الضرب يكون على وجه الغضب والناثرة يجب به القصاص .
واختلف في الذي يكون عمدا على جهة اللعب ، أو على جهة الأدب لمن أبيع
له الأدب ؛ وأما الشرط الذي يجب به القصاص في المقتول ، فهو أن يكون
مكافئا لدم القاتل ، والذي به تختلف النفوس هو الإسلام والكفر والحرية
والعبودية والذكورية والأنوثة والواحد والكثير ، وانفقوا على أن المقتول
إذا كان مكافئا للقاتل في هذه الأربعة أنه يجب القصاص . واختلفوا في هذه
الأربعة إذا لم تجتمع . أما الحر إذا قتل العبد عمدا ، فإن العلماء اختلفوا فيه ،
فقال مالك والشافعي والليث وأحمد وأبو ثور : لا يقتل الحر بالعبد ؛ وقال
أبو حنيفة وأصحابه : يقتل الحر بالعبد إلا عبد نفسه ؛ وقال قوم : يقتل الحر
بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل ، وبه قال النخعي ؛ فمن قال
لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل إخطاب المفهوم من قوله تعالى - كُتِبَ
عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ - ومن قال :
يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه الصلاة والسلام « الْمُسْلِمُونَ تَشْتَكَاؤُا
دِمَائِهِمْ ، وَيَسْعَى بِيَدِ مَسِيئِهِمْ أَدْنَاهُمْ وَهُمْ يَدٌ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ » .
فسبب الخلاف معارضة العموم للدليل إخطاب ، ومن فرق فضعيف . ولا
خلاف بينهم أن العبد يقتل بالحر ، وكذلك الأنقص بالأعلى . ومن الحجة أيضا
لمن قال : يقتل الحر بالعبد ما رواه الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال « مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ قَتَلَنَاهُ بِهِ » ومن طريق المعنى قالوا : لو لم
كان قتله محرما كقتل الحر ، وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر

وأما قتل المؤمن بالكافر الذى ، فاختلف العلماء فى ذلك على ثلاثة أقوال : فقال قوم : لا يقتل مؤمن بكافر ، ومن قال به الشافعى والثورى وأحمد وداود وجماعة . وقال قوم : يقتل به ، ومن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه وابن أبى ليلى . وقال مالك والليث : لا يقتل به إلا أن يقتله غيلة ، وقتل الغيلة أن يضمجه فيذبجه وبخاصة على ماله . فعمدة الفريق الأول ما روى من حديثه على أنه سأله قيس بن عباد والأشتر هل عهد إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده إلى الناس قال : لا ، إلا ما فى كتابى هذا ، وأخرج كتابا من قراب سيفه فإذا فيه « الْمُؤْمِنُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ وَيَسْبَعِي بِلَدِّمَتِهِمْ أَدْنَاهُمْ وَهُمْ يَدُّ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ ، إِلَّا لَا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ ، وَلَا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ ، مَنْ أَحْدَثَ حَدَثًا أَوْ آوَى مُحْدِثًا فَعَلَيْتِهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ » أخرجه أبو داود . وروى أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يقتل مؤمن بكافر » واحتجوا فى ذلك بإجماعهم على أنه لا يقتل مسلم بالحربى الذى آمن . وأما أصحاب أبي حنيفة فاعتمدوا فى ذلك آثارا منها حديث يرويه ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلماني قال « قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من أهل القبلة برجل من أهل النمة وقال : أنا أحقُّ مَنْ وَفَى بِعَهْدِهِ » ورووا ذلك عن عمر ، قالوا : وهذا خصص لعدم قوله عليه الصلاة والسلام « لا يقتل مؤمن بكافر » أى أنه لا يريد به الكافر الحربى دون الكافر المعاهد ، وضعف أهل الحديث حديث عبد الرحمن السلماني وما رووا من ذلك عن عمر . وأما من طريق القياس فإنهم اعتمدوا على إجماع المسلمين فى أن يد المسلم تقطع إذا سرق من مال الذى ، قالوا : فإذا كانت حزمة ماله كحزمة مال المسلم فحزمة دمه كحزمة دمه ، فبسبب الخلاف تعارض الآثار والقياس : وأما قتل الجماعة بالواحد ، فإن جمهور فقهاء الأمصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد ، منهم مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى وأحمد وأبو ثور وغيرهم ، سواء كثرت الجماعة أو قلت ، وبه قال عمر حتى روى أنه قال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم جميعا . وقال داود وأهل الظاهر

لَا يَقْتُلُ الْجَمَاعَةَ بِالوَاحِدِ ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الزَّيْبَرِ ، وَبِهِ قَالَ الزَّهْرِيُّ ، وَرَوَى
عَنْ جَابِرٍ . وَكَذَلِكَ عِنْدَ هَذِهِ الطَّائِفَةِ لَا تَقْطَعُ أَيْدٍ بِيَدٍ ، أَعْنَى إِذَا اشْتَرَكَ اثْنَانِ
فَمَا فَوْقَ ذَلِكَ فِي قِطْعِ يَدٍ ، وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ : تَقْطَعُ الْأَيْدَى بِأَلْيَدٍ ، وَلَا
وَفَرَّقَتِ الْحَنْفِيَّةُ بَيْنَ النَّفْسِ وَالْأَطْرَافِ فَقَالُوا : تَقْتُلُ الْأَنْفُسَ بِالنَّفْسِ ، وَلَا
يَقْطَعُ بِالطَّرْفِ إِلَّا طَرَفٌ وَاحِدٌ ، وَسَيَأْتِي هَذَا فِي بَابِ الْقَصَاصِ مِنَ الْأَعْضَاءِ .
فَعَمْدَةٌ مَنْ قَتَلَ بِالوَاحِدِ الْجَمَاعَةَ النَّظَرُ إِلَى الْمَصْلُحَةِ ، فَإِنَّهُ مَفْهُومٌ أَنَّ الْقَتْلَ إِنَّمَا
شَرَعَ لِنَفْسِ الْقَتْلِ كَمَا نَبِهَ عَلَيْهِ الْكِتَابُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى - وَكَتَبْنَا فِي الْقَصَاصِ
حَيَاةً يَا أُولِيَ الْأَلْبَابِ - وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ فَلَوْ لَمْ يَقْتُلِ الْجَمَاعَةَ بِالوَاحِدِ
لَنُذِرَ النَّاسَ إِلَى الْقَتْلِ بِأَنْ يَتَعَمَّدُوا قَتْلَ الْوَاحِدِ بِالْجَمَاعَةِ ، لَكِنْ لِمُعْتَرِضٍ
أَنْ يَقُولَ : إِنْ هَذَا إِنَّمَا كَانَ يُلْزَمُ لَوْ لَمْ يَقْتُلْ مِنَ الْجَمَاعَةِ أَحَدٌ ، فَأَمَّا إِنْ قَتَلَ
مِنْهُمْ وَاحِدًا . وَهُوَ الَّذِي مِنْ قَتْلِهِ يَظُنُّ إِتْلَافَ النَّفْسِ غَالِبًا عَلَى الظَّنِّ ، فَلَيْسَ
يُلْزَمُ أَنْ يَبْطُلَ الْجَدُّ حَتَّى يَكُونَ سَبَبًا لِلتَّسْلِيْطِ عَلَى إِذْهَابِ النَّفْسِ . وَعَمْدَةٌ مِنْ
قَتْلِ الْوَاحِدِ بِالوَاحِدِ قَوْلُهُ تَعَالَى - وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ
وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ - وَأَمَّا قَتْلُ الذَّكَرِ بِالْأُنْثَى ، فَإِنَّ ابْنَ الْمُنْذِرِ وَغَيْرَهُ مِنْ ذَكَرِ
الْخِلَافِ نَحَكَى أَنَّهُ إِجْمَاعٌ ، إِلَّا مَا حَكَى عَنْ عَلِيٍّ مِنَ الصَّحَابَةِ ، وَعَنْ عُمَانَ
الْبَنِيِّ أَنَّهُ إِذَا قَتَلَ الرَّجُلَ بِالْمَرْأَةِ كَانَ عَلَى أَوْلِيَاءِ الْمَرْأَةِ نِصْفُ الدِّيَةِ : وَحَكَى الْقَاضِي
أَبُو الْوَلِيدِ الْبَاجِي فِي الْمُنْتَقَى عَنْ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ ، أَنَّهُ لَا يَقْتُلُ الذَّكَرَ بِالْأُنْثَى ،
وَحَكَاهُ الْخَطَّابِيُّ فِي مَعَالِمِ السَّنَنِ ، وَهُوَ شَاذٌ ، وَلَكِنْ دَلِيلُهُ قَوِيٌّ لِقَوْلِهِ تَعَالَى
- وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى - وَإِنْ كَانَ يَعَارِضُ دَلِيلَ الْخُطَابِ هَهُنَا الْعُمُومُ الَّذِي
فِي قَوْلِهِ تَعَالَى - وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ - لَكِنْ يَدْخُلُهُ أَنَّ هَذَا
الْخُطَابُ وَارِدٌ فِي غَيْرِ شَرِيعَتِنَا ، وَهِيَ مُسْتَلْةٌ مُخْتَلَفٌ فِيهَا ، أَعْنَى هَلْ شَرَعَ
مِنْ قَبْلِنَا شَرِعٌ لَنَا أَمْ لَا ؟ وَالْإِعْتِمَادُ فِي قَتْلِ الرَّجُلِ بِالْمَرْأَةِ هُوَ النَّظَرُ إِلَى الْمَصْلُحَةِ
الْعَامَّةِ . وَاخْتَلَفُوا مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي الْأَبِّ وَالْإِبْنِ ، فَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَقَادُ الْأَبُّ
بِالْإِبْنِ إِلَّا أَنْ يَضِجَّهِ فَيَنْجِجْهُ ، فَأَمَّا إِنْ حَلَفَهُ بِسَيْفٍ أَوْ عَصَا فَقَتْلُهُ لَمْ يَقْتُلْ ،
وَكَذَلِكَ الْجَدُّ عِنْدَهُ مَعَ حَفِيدِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ وَالثَّوْرِيُّ : لَا يَقَادُ
الْوَالِدُ بَوَلَدِهِ وَلَا الْجَدُّ بِحَفِيدِهِ إِذَا قَتَلَهُ بِأَيِّ وَجْهِ كَانَ مِنْ أَوْجِهَةِ الْعَمْدِ ، وَبِهِ قَالَ
جُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ . وَعَمْدَتُهُمْ حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ

١. لانتقامُ الحُدُودُ في المساجيدِ ولا يُقَادُ بِالْوَلَدِ الْوَالِدُ . وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين . وسبب اختلافهم ما رَوَاهُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ أَنَّ رَجُلًا مِنْ بَنِي مَدْلَجٍ يُقَالُ لَهُ قَتَادَةُ حَذَفَ ابْنًا لَهُ بِالسَّيْفِ فَأَصَابَ سَاقَهُ ، فَتَنَزَّى جَرْحَهُ فَمَاتَ ، فَقَدِمَ سَرَاقَةُ بْنُ جَعْثَمٍ عَلَى عَمْرِو بْنِ الْخَطَّابِ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ ، فَقَالَ لَهُ عَمْرُو بْنُ جَعْثَمٍ : مَا قَدِيدَ عَشْرِينَ وَمِائَةَ بَعِيرٍ حَتَّى أَقْدِمَ عَلَيْكَ ، فَلَمَّا قَدِمَ عَلَيْهِ عَمْرُو أَخَذَ مِنْ تِلْكَ الْإِبِلِ ثَلَاثِينَ حَقَّةً وَثَلَاثِينَ جَذْعَةً وَأَرْبَعِينَ خَلْفَةً ، ثُمَّ قَالَ : أَيْنَ أَخُو الْمَقْتُولِ ، فَقَالَ : هَا أَنَاذَا ، قَالَ : خُذْهَا ، فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ « لَيْسَ لِقَاتِلِ شَيْءٍ » ، فَإِنَّ مَالَكًا حَمَلَ هَذَا الْحَدِيثَ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَمْدًا مُحَضًّا ، وَأُثْبِتَ مِنْهُ شَبَهُ الْعَمْدِ فِيمَا بَيْنَ الْإِبْنِ وَالْأَبِ . وَأَمَّا الْجُمْهُورُ فَحَمَلُوهُ عَلَى ظَاهِرِهِ مِنْ أَنَّهُ عَمْدٌ لِجَمَاعِهِمْ أَنَّ مَنْ حَذَفَ آخَرَ بِسَيْفٍ فَقَتَلَهُ فَهُوَ عَمْدٌ . وَأَمَّا مَالِكٌ فَرَأَى لِمَا لِلْأَبِ مِنَ التَّسَلُّطِ عَلَى تَأْدِيبِ ابْنِهِ وَمِنْ الْحُبِّ لَهُ أَنْ حَمَلَ الْقَتْلَ الَّذِي يَكُونُ فِي أَمْثَالِ هَذِهِ الْأَنْحَوَالِ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ بِعَمْدٍ ، وَلَمْ يَتَّهِمْ إِذْ كَانَ لَيْسَ بِقَتْلِ غِيلَةٍ ، فَإِنَّمَا يَحْمِلُ فَاعِلُهُ عَلَى أَنَّهُ قَصْدُ الْقَتْلِ مِنْ جِهَةِ غِلْبَةِ الظَّنِّ وَقُوَّةِ التَّهْمَةِ ، إِذْ كَانَتِ النِّيَّاتُ لَا يُطْلَعُ عَلَيْهَا إِلَّا اللَّهُ تَعَالَى ، فَالَّذِي لَمْ يَتَّهِمْ الْأَبَ حَيْثُ أَتَاهُمُ الْأَنْجَنِيُّ ، لِقُوَّةِ الْحُبِّ الَّتِي بَيْنَ الْأَبِ وَالْإِبْنِ . وَالْجُمْهُورُ إِنَّمَا عَلَّاهُ دَرَجَةُ الْجَدِّ عَنِ الْأَبِ لِمَكَانِ حَقِّهِ عَلَى الْإِبْنِ ، وَالَّذِي يَحْسِبُ عَلَى أَصُولِ أَهْلِ الظَّاهِرِ أَنَّ يَقَادَ ، فَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ فِي الْمَوْجِبِ .

وَأَمَّا الْقَوْلُ فِي الْمَوْجِبِ

فَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ لَوْلَى الدَّمِ أَحَدَ شَيْئَيْنِ : الْقَصَاصُ ، أَوْ الْعَفْوُ إِمَّا عَلَى الدِّيَةِ وَإِمَّا عَلَى غَيْرِ الدِّيَةِ . وَاخْتَلَفُوا هَلِ الْإِنْتِقَالُ مِنَ الْقَصَاصِ إِلَى الْعَفْوِ عَلَى أَخْذِ الدِّيَةِ هُوَ حَقٌّ وَاجِبٌ لَوْلَى الدَّمِ دُونَ أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ خِيَارٌ لِلْمَقْتُولِ مِنْهُ ، أَمْ لَا تَتَّبِعُ الدِّيَةُ إِلَّا بِرَاضَى الْفَرِيقَيْنِ ، أَعْنَى الْوَلَى وَالْقَاتِلَ ، وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَرِدِ الْمَقْتَصُ مِنْهُ أَنْ يُؤَدِيَ الدِّيَةَ لَمْ يَكُنْ لَوْلَى الدَّمِ إِلَّا الْقَصَاصُ مُطْلَقًا أَوْ الْعَفْوُ ، فَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَجِبُ لِلْوَلَى إِلَّا أَنْ يَقْتَصَّ أَوْ يَعْفُو عَنْ غَيْرِ دِيَةٍ إِلَّا أَنْ يَرْضَى بِإِعْطَاءِ الدِّيَةِ الْقَاتِلَ ، وَهِيَ رِوَايَةُ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْهُ ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالثَّوْرِيُّ وَالْأَوْزَاعِيُّ وَجَمَاعَةٌ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : وَأَحْمَدُ وَأَبُو ثَوْرٍ وَدَاوُدُ وَأَكْثَرُ فَقَهَاءِ

المدينة من أصحاب مالك وغيره: . ولى الدم بالخيار إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية ، رضى القاتل أو لم يرض ، وروى ذلك أشهب عن مالك ، إلا أن المشهور عنه هي الرواية الأولى . فعمدة مالك في الرواية المشهورة حديث أنس ابن مالك في قصة سن الربيع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « كِتَابُ اللَّهِ الْقَصَاصُ » فلم بدليل الخطاب أنه ليس له إلا القصاص . وعمدة الفريق الثاني حديث أنس هزيمة الثابت « مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الدِّيَّةَ وَبَيْنَ أَنْ يَعْفُوَ » هما حديثان متفق علي صحتهما ، لكن الأول ضعيف الدلالة في أنه ليس له إلا القصاص . والثاني نص في أن له الخيار والجمع بينهما يمكن إذا رفع دلائل الخطاب من ذلك ، فإن كان الجمع واجبا ومكنا فالأصير إلى الحديث الثاني واجب ، والجمهور على أن الجمع واجب إذا أمكن وأنه أولى من الترجيح ، وأيضا فإن الله عز وجل يقول - وَلَا تَتَّبِعُوا أَنْفُسَكُمْ - وإذا عرض على المكلف فدلعه نفسه بمال فواجب عليه أن يفديها ، أصله إذا وجد الطعام في خضصة بقيمة مثله وعنده ما يشتره ، أغنى أنه يقضى عليه بشرائه فكيف بشرائه نفسه ؟ ويلزم على هذه الرواية إذا كان للمقتول أولياء صغار وكبار أن يؤخر القتل إلى أن يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ، ولا سيما إذا كان الصغار يحبون الكبار مثل البنين مع الإخوة . قال القاضي : وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جدى رحمه الله ، فأفتى أهل زمانه بالرواية المشهورة ، وهو أن لا ينتظر الصغير ، فأفتى هو رحمه الله بانتظاره على القياس ، فشنع أهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر أن يضع في ذلك قولاً ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدي الناس ، والنظر في هذا الباب هو في قسمين : في العفو والقصاص . والنظر في العفو في شيئين : أحدهما فيمن له العفو من ليس له ، وترتيب أهل الدم في ذلك ، وهل يكون له العفو على الدية أم لا ؟ وقد تكلمنا في هل له العفو على الدية . وأما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم ، والذين لهم القيام بالدم هم العصابة عند مالك وعند غيره : كل من يرث ، وذلك أنهم أجمعوا على أن المقتول عمدا إذا كان له بنون بالزواج فعفا أحدهم أن القصاص قد بطل ووجب الدية

واختلفوا في اختلاف البنات مع البنين في العفو أو في القصاص . وكذلك الزوجة أو الزوج والأخوات . فقال مالك : ليس للبنات ولا للأخوات قول مع البنين والإخوة في القصاص أو ضده ، ولا يعتبر قولهن مع الرجال ، وكذلك الأمر في الزوجة والزوج ؛ وقال أبو حنيفة والثوري وأحمد والشافعي كل وارث يعتبر قوله في إسقاط القصاص وفي إسقاط حظه من الدية ، وفي الأخذ به قال الشافعي الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء . وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية . وعمدة الفريق الأول أن الولاية إنما هي للذكوان دون الإناث . واختلاف العلماء في المقتول عمدا إذا عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جائز على الأولياء ؟ وكذلك في المقتول خطأ إذا عفا عن الدية ، فقال قوم : إذا عفا المقتول عن دمه في العمد مضي ذلك ، ومن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والأوزاعي ، وهذا أحد قولي الشافعي ؛ وقالت طائفة أخرى : لا يلزم عفوهم ، والأولياء القصاص أو العفو ، ومن قال به أبو ثور وداود ، وهو قول الشافعي بالعراق . وعمدة هذه الطائفة أن الله خير الولي في ثلاث : إما العفو ، وإما القصاص ، وإما الدية . وذلك عام في كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أو لم ينف . وعمدة الجمهور أن الشيء الذي جعل للولي إنما هو حق المقتول ، فناب فيه منابه وأقيم مقامه ، فكان المقتول أحق بالخيار من الذي أقيم مقامه بعد موته . وقد أجمع العلماء على أن قوله تعالى - فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ - أن المراد بالتصدق ههنا هو المقتول يتصدق بدمه . وإنما اختلفوا على من يعود الضمير في قوله - فهو كفارة له - فقيل على القاتل لمن رأى له توبة ، وقيل على المقتول من ذنوبه وخطاياهم . وأما اختلافهم في عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور فقهاء الأمصار : إن عفوهم من ذلك في ثلثة إلا أن يميزه الورثة ؛ وقال قوم : يجوز في جميع ماله ، ومن قال به طاوس والحسن . وعمدة الجمهور أنه واهب ماله له بعد موته فلم يجز إلا في الثلث ، أصله الوصية . وعمدة الفرقة الثانية أنه إذا كان له أن يعفو عن الدم فهو أحرى أن يعفو عن المال ، وهذه المسئلة هي أنخص بكتاب الديات . واختلف العلماء إذا عفا المجرع عن الجراحات ، فأت منها هل للأولياء أن يطالبوا بدمه أم لا ؟ فقال مالك : لهم

ذلك إلا أن يقول عفو عن الجراحات وعما تتول إليه ؛ وقال أبو يوسف
ومحمد إذا عفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم ، والعفو عن الجراحات عفو
عن الدم ؛ وقال قوم : بل تلزمهم الدية إذا عفا عن الجراحات مطلقا ،
وهؤلاء اختلفوا ، فمنهم من قال : تلزم الجراح الدية كلها ، واختاره المزني
من أقوال الشافعي ؛ ومنهم من قال : يلزم من الدية ما بقي منها بعد إسقاط
دية الجرح الذي عفا عنه ، وهو قول الثوري . وأما من يرى أنه لا يعفو عن
الدم فليس يتصور معه خلاف في أنه لا يسقط ذلك طلب الولي الدية ، لأنه إذا
كان عفو عن الدم لا يسقط حق الولي ، فأحرى أن لا يسقط عفو عن الجرح .
واختلفوا في القاتل عمدا يعني عنه ، هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا ؟ فقال
مالك والليث : إنه يجلد مائة ويسجن سنة ، وبه قال أهل المدينة ، وروى ذلك
عن عمر ؛ وقالت طائفة : الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور : لا يجب عليه ذلك ؛
وقال أبو ثور : إلا أن يكون يعرف بالشر فيؤدبه الإمام على قدر ما يرى .
ولا عمدة للطائفة الأولى إلا أثر ضعيف . وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع
وأن التحديد في ذلك لا يكون إلا بتوقيف ، ولا توقيف ثابت في ذلك .

القول في القصاص

والنظر في القصاص هو في صفة القصاص ، ومن يكون ؟ ومتى يكون ؟
فأما صفة القصاص في النفس ، فإن العلماء اختلفوا في ذلك ، فمنهم من قال :
يقتص من القاتل على الصفة التي قتل ، فمن قتل تغريقا قتل تغريقا ، ومن قتل
بضرب بمحجر قتل بمثل ذلك ، وبه قال مالك والشافعي ، قالوا : إلا أن يطول
تعذيبه بذلك فيكون السيف له أروح . واختلف أصحاب مالك فيمن حرق
آخر ، هل يحرق مع موافقتهم لمالك في احتذاء صورة القتل ؟ وكذلك فيمن
قتل بالسهم ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : بأي وجه قتله لم يقتل إلا بالسيف .
وعبدتهم ما روى الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا قَوْدَ إِلَّا »
بِحَدِيدَةٍ . وعمدة الفريق الأول حديث أنس « أن يهوديا رضخ رأس
أمرأة بمحجر ، فرضخ النبي صلى الله عليه وسلم رأسه بمحجر ، أو قال : بين
حجرين » وقوله - كتب عليكم القصاص في القتلى - والقصاص يقتضى المماثلة

وأما من يكون القصاص فالظاهر أنه يكون من ولي الدم ، وقد قيل إنه لا يمكن منه لمكان العداوة مخافة أن يجور فيه ، وأما متى يتكون القصاص فبعد ثبوت موجباته ، والإعذار إلى القاتل في ذلك إن لم يكن مقرا . واختلفوا هل من شرط القصاص أن لا يكون الموضع الحرم ، وأجمعوا على أن الحامل إذا قتلت عمدا أنه لا يقاد منها حتى تضع حملها . واختلفوا في القاتل بالسيف والجمهور على وجوب القصاص ؛ وقال بعض أهل الظاهر : لا يقتص منه من أجل أنه عليه الصلاة والسلام ^{سم} هو وأصحابه ، فلم يتعرض لمن سمه .
كمل كتاب القصاص في النفس .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الجراح

والجراح صنفان : منها ما فيه القصاص أو الدية أو العفو . ومنها ما فيه الدية أو العفو . ولنبدأ بما فيه القصاص ، والنظر أيضا هاهنا في شروط الجراح والجرح الذي به يحق القصاص والجرح ، وفي الحكم الواجب الذي هو القصاص ، وفي بدله إن كان له بدل .

القول في الجراح

ويشترط في الجراح أن يكون مكلفا كما يشترط ذلك في القاتل ، وهو أن يكون بالغاعاقلا ، والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بلا خلاف ، وإن كان الخلاف في مقداره ، فأقصاه ثمانية عشر سنة ، وأقله خمسة عشر سنة ، وبه قال الشافعي ، ولا خلاف أن الواحد إذا قطع عضو إنسان واحد اقتص منه إذا كان مما فيه القصاص : واختلفوا إذا قطعت جماعة عضوا واحدا ، فقال أهل الظاهر : لا تقطع يدان في يد ، وقال مالك والشافعي : تقطع الأيدي باليد الواحدة ، كما تقتل عندهم الأنفس بالأنفس الواحدة ، وفرت الحنفية بين النفس والأطراف ، فقالوا : لا تقطع أعضاء بعض ، وتقتل أنفس بنفس ، وعندهم أن الأطراف تتبع بعض ، وإزهاق النفس لا يتبع بعض . واختلف في الإنبات ، فقال الشافعي : هو بلوغ بإطلاق . واختلف المذهب فيه في الحدود ، هل هو بلوغ

فيها أم لا ؟ والأصل في هذا كله حديث بنى قريظة « أنه صلى الله عليه وسلم قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسي » كما أن الأصل في السن حديث ابن عمر أنه عرضه يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أحد وهو ابن خمس عشرة سنة .

القول في المجروح

وأما المجروح فإنه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئاً لدم الجراح والذي يؤثر في التكافؤ العبودية والكفر . أما العبد والحر فإنهم اختلفوا في وقوع القصاص بينهما في الجرح كاختلافهم في النفس ؛ فمنهم من رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد ، ويقتص للحر من العبد كالحال في النفس ؛ ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ، ولم يفرق بين الجرح والنفس ؛ ومنهم من فرق فقال : يقتص من الأعلى للأدنى في النفس والجرح ؛ ومنهم من قال : يقتص من النفس دون الجرح ، وعن مالك الروايتان . والصدواب كما يقتص من النفس أن يقتص من الجرح ، فهذه هي حال العبد مع الأحرار . وأما حال العبد بعضهم مع بعض ، فإن للعلماء فيهم ثلاثة أقوال : أحدها أن القصاص بينهم في النفس وما دونها ، وهو قول الشافعي وجماعة ، وهو مروى عن عمر بن الخطاب ، وهو قول مالك . والقول الثاني أنه لا قصاص بينهم لاني النفس ولا في الجرح وأنهم كالبهائم ، وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة . والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون ما دونها ؛ وبه قال أبو حنيفة والثوري ، وروى ذلك عن ابن مسعود . وعمدة الفريق الأول قوله تعالى - والعبد بالعبد - . وعمدة الحنفية ما روى عن عمران بن الحصين « أن عبداً لقوم فقراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء ، فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه ، فهذا هو حكم النفس »

القول في الجرح

وأما الجرح فإنه يشترط فيه أن يكون على وجه العمد ، أغنى الجرح الذي يجب فيه القصاص ، والجرح لا يخلو أن يكون يتلف جارحة من جوارح

المجروح أو لا يتلف ، فإن كان مما يتلف جراحة فالعمد فيه هو أن يقصد ضربه على وجه العضب بما يخرج غالبا . وأما إن جرحه على وجه اللعب أو اللعب بما لا يخرج به غالبا أو على وجه الأدب ، فيشبه أن يكون فيه الخلاف الذي يقع في القتل الذي يتولد عن الضرب في اللعب والأدب بما لا يقتل غالبا ، فإن أبا حنيفة يعتبر الآلة حتى يقول إن القاتل بالمثل لا يقتل وهو شذوذ منه ، أعني بالخلاف هل فيه القصاص أو الدية إن كان الجرح مما فيه الدية . وأما إن كان الجرح قد أتلف جراحة من جوارح المجروح ، فن شرط القصاص فيه العمد أيضا بخلاف ، وفي تمييز العمد منه من غير العمد خلاف . أما إذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضربه بآلة تقطع العضو غالبا ، أو ضربه على بوجه النائرة فلا خلاف أن فيه القصاص . وأما إن ضربه بلطمة أو سوطا أو ما أشبه ذلك مما الظاهر منه أنه لم يقصد إتلاف العضو مثل أن يلطمه فيفقا بحينه ، فالذي عليه الجمهور أنه شبه العمد ولا قصاص فيه ، وفيه الدية مغلظة في ماله وهي رواية العراقيين عن مالك ، والمشهور في المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص إلا في الأب مع ابنه ؛ وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إلى أن شبه العمد إنما هو في النفس لافي الجرح . وأما إن جرحه فأتلف عضوا على وجه اللعب ففيه قولان : أحدهما وجوب القصاص ، والثاني نفيه . وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قبل الدية مغلظة ، وقيل دية الخطأ ، أعني فيما فيه دية ، وكذلك إذا كان على وجه الأدب ففيه الخلاف . وأما ما يجب في جراح العمد إذا وقعت على الشروط التي ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى - والجروح قصاص - وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها ، وفيما وجد منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس ، وإنما صاروا لهذا لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود في المأومة والمنقلة والجائفة ، فأرى مالك ومن قال بقوله أن هذا حكم ما كان في معنى هذه من الجراح التي هي متالف ، مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما أشبه ذلك . وقد اختلف قول مالك في المنقلة ، فمرة قال بالقصاص ، ومرة قال بالدية ، وكذلك الأمر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوى في القصاص مثل الاقتصاص من خذاب بعض النظر أو بعض السمع ، ويمنع القصاص أيضا عند مالك عدم المثل

مثل أن يفقأ أعمى عين بصير : واختلفوا من هذا في الأعور يفقأ عين الصحيح عمدا ، فقال الجمهور : إن أحب الصحيح أن يستقيد منه فله القود ، واختلفوا إذا عفا عن القود ، فقال قوم : إن أحب فله الدية كاملة ألف دينار ، وهو مذهب مالك ، وقيل ليس له إلا نصف الدية ، وبه قال الشافعي ، وهو أيضا منقول عن مالك ، وبقول الشافعي قال ابن القاسم ، وبالقول الآخر قال المغيرة من أصحابه وابن دينار . وقال الكوفيون : ليس للصحيح الذي فقئت عينه إلا للقود أو ما اصطاحا عليه ؛ وقد قيل لا يستقيد من الأعور وعليه الدية كاملة ، روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان : وعمدة صاحب هذا القول أن عين الأعور بمنزلة عينين ، فمن فقأها في واحدة فكأنه اقتص من اثنين في واحدة ، وإلى نحو هذا ذهب من رأى أنه إذا ترك القود أن له دية كاملة ، ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة ؛ ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرز لأصله ، فتأمل فإنه بين بنفسه والله أعلم : وأما هل المحروح مخير بين القصاص وأخذ الدية ، أم ليس له إلا القصاص فقط إلا أن يصطلحا على أخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين في القتل ، وكذلك أحد قولي مالك في الأعور يفقأ عين الصحيح : أن الصحيح يخير بين أن يفقأ عين الأعور أو يأخذ الدية ألف دينار أو خمسمائة على الاختلاف في ذلك .

وأما متى يستقاد من الجرح ؟ فعند مالك أنه لا يستقاد من جرح إلا بعد اندماله ، وعند الشافعي على الفور ؛ فالشافعي تمسك بالظاهر ، ومالك رأى أن يعتبر ما ينول إليه أمر الجرح مخافة أن يفضى إلى إتلاف النفس . واختلف العلماء في المقتص من الجرح يموت المقتص من ذلك الجرح ، فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد لاشيء على المقتص ، وروى عن علي وعمر مثل ذلك ، وبه قال أحمد وأبو ثور وداد ؛ وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة : إذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية ؛ وقال بعضهم : هي في ماله . وقال عثمان البتي : يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التي اقتص منها ، وهو قول ابن مسعود . فعلمة الفريق الأول لجماعهم على أن السارق إذا مات من قطع يده أنه لاشيء على الذي قطع يده . وعمدة أبي حنيفة أنه قتل خطأ وجب فيه الدية ؛ ولا يقاد عند مالك في الحر الشديد . ولا البرد الشديد ، ويؤخر

ذلك بخافة أن يموت المقاد منه ؛ وقد قيل إن المكان شرط في جواز القصاص وهو غير الحرم ، فهذا هو حكم العمد في الجنايات على النفس وفي الجنايات على أعضاء البدن ، وينبغي أن نصير إلى حكم الخطأ في ذلك ، ونبتدى بحكم الخطأ في النفس .

كتاب الديات في النفوس

والأصل في هذا الباب قوله تعالى - وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا غَطَاً فَلْيَحْزِرْ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً وِدِيَّةً مُسَلَّامَةً إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا - والديات تختلف في الشريعة بحسب اختلاف الدماء ، وبحسب اختلاف الدين تلزمهم الدية ، وأيضا تختلف بحسب العمد إذا رضى بها إما الفريقان ، وإما من له القود على ماتقدم من الاختلاف . والنظر في الدية هو في موجبها ، أعنى في أى قتل تجب ، ثم في نوعها وفي قدرها ، وفي الوقت الذي تجب فيه ، وعلى من تجب . فأما في أى قتل تجب ، فإنهم اتفقوا على أنها تجب في قتل الخطأ وفي العمد الذى يكون من غير مكلف مثل الخنون والصبي ، وفي العمد الذى تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القتال ، مثل الحز والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على أنه خطأ . ومنه ما اختلفوا فيه ، وقد تقدم صدر من ذلك ، وسيأتى بعد ذلك اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد .

وأما قدرها ونوعها ، فإنهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الإبل مائة من الإبل ، وهى في مذهب مالك ثلاث ديات : دية الخطأ ، ودية العمد إذا قبلت ، ودية شبه العمد . وهى عند مالك فى الأشهر عنه مثل فعل المدلسى بإبنه . وأما الشافعى فالدية عنه اثنان فقط : مخففة ومغلظة . فالخففة ذبة الخطأ ، والمغلظة ذبة العمد ودية شبه العمد . وأما أبو حنيفة فالديات عنه اثنان أيضا : ذبة الخطأ ، ودية شبه العمد ، وليس عنده دية فى العمد ، وإنما الواجب عنده فى العمد ما اصطلاحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل ، وهو معنى قول مالك المشهور ، لأنه إذا لم تلزمه الدية عنده إلا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية إلا ما روى عنه أنها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ، ودية العمد عنده أربع : خمس وعشرون بنت

مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة ، وهو قول ابن شهاب وربيعة ، والدية المغلظة عنده أثلاثا : ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفه وهى الحوامل ، ولا تكون المغلظة عنده فى المشهور إلا فى مثل فعل المدبجى بابنه ؛ وعند الشافعى أنها تكون فى شبه العمد أثلاثا أيضا ، وروى ذلك أيضا عن عمر وزيد بن ثابت ؛ وقال أبو ثور : الدية فى العمد إذا عفا ولى الدم أخماسا كدية الخطأ . واختلفوا فى أسنان الإبل فى دية الخطأ ، فقال مالك والشافعى : هى أخماس : عشرون ابنة مخاض ، وعشرون ابنة لبون ، وعشرون ابن لبون ذكرا ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وهو مروي عن ابن شهاب وربيعة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، أعنى التخميس ، إلا أنهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكرا ، وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعا ؛ وروى عن سيدنا على أنه جعلها أرباعا ، أسقط منها الخمس والعشرين بنى لبون . وإليه ذهب عمر بن عبد العزيز ، ولأحديث فى ذلك مسند ، فدل على الإباحة . والله أعلم . كما قال أبو عمر بن عبد البر . وخرج البخارى والترمذى عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « فى دية الخطأ عِشْرُونَ بِنْتٌ مَخَاضٍ وَعِشْرُونَ ابْنٌ مَخَاضٍ ذَكَورٍ وَعِشْرُونَ بِنْتٌ لَبُونٍ وَعِشْرُونَ جَذَعَةٌ وَعِشْرُونَ حِقَّةٌ » واعتل لهذا الحديث أبو عمر بأنه روى عن حنيف ابن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال : وأحب إلى فى ذلك الرواية عن على ، لأنه لم يختلف فى ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود . وخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن من قتل خطأ فديته مائة من الإبل : ثلاثون بنت مخاض ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقة ، وعشرة بنى لبون ذكر » قال أبو سليمان الخطابى هذا الحديث لأعرف أحدا من الفقهاء المشهورين قال به وإنما قال أكثر العلماء إن دية الخطأ أخماس ، وإن كانوا اختلفوا فى الأصناف ؛ وقد روى أن دية الخطأ مربعة عن بعض العلماء وهم الشعبي والنخعي والحسن البصرى ، وهؤلاء جعلوها : خمسا وعشرين جذعة ، وخمسا وعشرين حقة ، وخمسا وعشرين بنت لبون ، وخمسا وعشرين بنت مخاض ، كما روى عن على . وخرجه

أبو داود ، وإنما صار الجمهور إلى تخميس دية الخطأ : عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون بنتي مخاض ذكر ، وإن كان لم يتفقوا على بنتي المخاض لأنها لم تذكر في أسنان فيها ، وقياس من أخذ بحديث التخميس في الخطأ وحديث التربيع في شبه العمد إن ثبت هذا النوع الثالث أن يقول في دية العمد بالتثليث كما قد روى ذلك عن الشافعي ، ومن لم يقل بالتثليث شبه العمد بما حواه . فهذا هو مشهور أقاويلهم في الدية التي تكون من الإبل على أهل الإبل . وأما أهل الذهب والورق فلهم اختلافوا أيضا فيما يجب من ذلك عليهم ؛ فقال مالك : على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم ؛ وقال أهل العراق : على أهل الورق عشرة آلاف درهم ؛ وقال الشافعي بمصر : لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق إلا قيمة الإبل بالغة ما بلغت ، وقوله بالعراق مثل قول مالك . وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الإبل على أهل الذهب بألف دينار ، وعلى أهل الورق باثني عشر ألف درهم . وعمدة الحنفية ما رويوا أيضا عن عمر أنه قوم الدينار بعشرة دراهم ، ولجامعهم على تقويم المثقال بها في الزكاة . وأما الشافعي فيقول : إن الأصل في الدية إنما هو مائة بعير ، وعمر إنما جعل فيها ألف دينار على أهل الذهب ، واثني عشر ألف درهم على أهل الورق ، لأن ذلك كان قيمة الإبل من الذهب والورق في زمانه ، والحجة له ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال كانت الدييات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين . قال : فكان ذلك حتى استخلف عمر ، فقام خطيبا فقال : : إن الإبل قد غلت ، ففرضها عمر على أهل الورق اثني عشر ألف درهم ، وعلى أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاة أثنى شاة ، وعلى أهل الخيل مائتي حلة ، وترك دية أهل اللمة لم يرفع فيها شيئا . واحتج بعض الناس لمالك لأنه لو كان تقويم عمر بدلا لكان ذلك دينا بدين ، لإجامعهم أن الدية في الخطأ مؤجلة لثلاث سنين ؛ ومالك وأبو حنيفة وجماعة متفقون على أن الدية لا تؤخذ إلا من الإبل أو الذهب أو الورق . وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن والفقهاء

السبعة المدنيون : يوضع على أهل الشاة ألفاشاة ، وعلى أهل البقر مائتا بقرة ، وعلى أهل البرود مائتا حلة ، وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم ، وما أسنده أبو بكر بن أبي شيبة عن عطاء « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس في أموالهم ما كانت على أهل الإبل مائة بعير ، وعلى أهل الشاة ألفاشاة ، وعلى أهل البقر مائتا بقرة ، وعلى أهل البرود مائتا حلة » وماروى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إلى الأجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بعير . قال : فإن كان الذى أصابه من الأعراب فديته من الإبل لا يكلف الأعرابي الذهب ولا الورق ، فإن لم يجد الأعرابي مائة من الإبل فعدها من الشاة ألف شاة . ولأن أهل العراق أيضا رويوا عن عمر مثل حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نهما . وعمدة الفريق الأول أنه لو جاز أن تقوم بالشاة والبقر لحاز أن تقوم بالطعام على أهل الطعام ، وبالخيل على أهل الخيل ، وهذا لا يقول به أحد ، والنظر في الدية كما قلت هو في نوعها ، وفي مقدارها ، وعلى من تجب ، وفيما تجب ، ومتى تجب ؟ . أما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه في الذكور الأحرار المسلمين . وأما على من تجب ؟ فلا خلاف بينهم أن دية الخطأ تجب على العاقلة وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى - وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى - ومن قوله عليه الصلاة والسلام لأبي زمرة لولده « لَا يَجْنِي عَتِيَّتَكَ وَلَا تَجْنِي عَتِيَّتِهِ » . وأما دية العمد فجمهورهم على أنها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا يخالف له من الصحابة أنه قال : لا تحمل العاقلة عمدا ولا اعترافا ولا صلحا في عمد ، وجمهورهم على أنها لا تحمل من أصاب نفسه خطأ ، وشذ الأزاعي فقال : من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية ، وكذلك عندهم في قطع الأعضاء : وروى عن عمر أن رجلا فقا عين نفسه خطأ ، فقضى له عمر بديتها على عاقلته . واختلفوا في دية شبه العمد ، وفي الدية المغلظة على قولين : واختلفوا في دية ما جناه المجنون والصبي على من تجب ؟ فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة إنه كله يحمل على العاقلة ، وقال الشافعي عبد الصبي في ماله : وسبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العمد والخطأ ؛

فمن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية في ماله ؛ ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة ، وكذلك اختلفوا إذا اشترك في القتل عامد وصبي ، والذين أوجبوا على العامد القصاص وعلى الصبي الدية اختلفوا على من تكون ؟ فقال الشافعي : على أصله في مال الصبي ؛ وقال مالك : على العاقلة ؛ وأما أبو حنيفة فيرى أن لاقصاص بينهما ، وأما متى تجب ؟ فلأنهم اتفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين ، وأما دية العمد فحالة إلا أن يصطلحا على التأجيل . وأما من هم العاقلة ، فإن جمهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا على أن العاقلة هي القرابة من قبل الأب ، وهم العصبية دون أهل الديوان ، وتحمل الموالى العقل عند جمهورهم إذا عجزت عنه العصبية ، إلا داود فإنه لم ير الموالى عصبية ، وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك ؛ وقال الشافعي : على الغنى دينار وعلى الفقير نصف دينار ، وهي عند الشافعي مرتبة على القرابة بحسب قربهم ، فالأقرب من بنى أبيه ، ثم من بنى جده ، ثم من بنى بنى أبيه ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : العاقلة هم أهل ديوانه إن كان من أهل ديوان . وعمدة أهل الحجاز أنه تعاقل الناس في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي زمان أبي بكر ولم يكن هناك ديوان ؛ وإنما كان الديوان في زمن عمر بن الخطاب . واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا حلف في الإسلام ، وأئمتنا حلف كان في الجاهلية فلا يزيده الإسلام إلا قوة » . وبالجملية فتمسكوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحلفاء . واختلفوا في جنائية من لاعصبية له ولا موالى وهم السائبة إذا جنوا خطأ هل يكون عليه عقل أم لا ؟ ، وإن كان فعلى من يكون ؟ فقال من لم يجعل لهم موالى : ليس على السائبة عقل ، وكذلك من لم يجعل العقل على الموالى ، وهو داود وأصحابه . وقال : من جعل ولأه لمن أعنته عليه عقله ، وقال : من جعل ولأه للمسلمين عقله في بيت المال ؛ ومن قال إن للسائبة أن يوالى من شاء جعل عقله لمن ولأه ، وكل هذه الأقاويل قد حكيت عن السلف . والديات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه ، والمؤثر في نقصان الدية هي الأنوثة والكفر والعبودية : أما دية المرأة فلأنهم اتفقوا على أنها على

النصف من دية الرجل في النفس فقط . واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والأعضاء على ماسياتي القول فيه في ديات الجروح والأعضاء : وأما دية أهل النمة إذا قتاوا خطأ ، فإن للعلماء في ذلك ثلاثة أقوال : أحدها أن ديتهم على النصف من دية المسلم ذكراهم على النصف من ذكران المسلمين ، ونساؤهم على النصف من نساؤهم ، وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز ، وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين . والقول الثاني أن ديتهم ثلث دية المسلم ، وبه قال الشافعي ، وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان ابن عفان ، وقال به جماعة من التابعين . والقول الثالث : أن ديتهم مثل دية المسلمين ، وبه قال أبو حنيفة والثوري وجماعة ، وهو مروى عن ابن مسعود ، وقد روى عن عمرو عثمان ، وقال به جماعة من التابعين . فعمدة الفريق الأول ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « دية الكافر على النصف من دية المسلم » وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى - وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحريرو رقبة مؤمنة - . ومن السنة ما رواه معمر عن الزهري قال : دية اليهودي والنصراني وكل ذي مثل دية المسلم . قال : وكانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية ، فجعل في بيت المال نصفها ، وأعطى أدل المقول نصفها ، ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية وألغى الذي جعله معاوية في بيت المال ، قال الزهري : فلم يقض لي أن أذكر بذلك عمر بن عبد العزيز فأخبره أن الدية كانت تامة لأهل النمة : وأما إذا قتل العبد خطأ أو عمدا على من لا يرى القصاص فيه ، فقال قوم : عليه قيمته . بالغة ما بلغت وإن زادته على دية الحر ، وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ، وهو قول سعيد ابن المسيب وعمر بن عبد العزيز . وقال أبو حنيفة ومحمد : لا يتجاوز بقيمة العبد الدية ؛ وقالت طائفة من فقهاء الكوفة : فيه الدية ، ولكن لا يبلغ به دية الحر يتقص منها شيئا : وعمدة الحنفية أن الرق حال نقص ، فوجب أن لا تزيد قيمته . جلى دية الحر وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر أنه

مكلف ناقص ، فوجب أن يكون الحكم ناقصا عن الحر لكن واحدا بالنوع أصله الحد في الزنى والقذف والخمر والطلاق ، ولو قيل فيه إنها تكون على النصف من دية الحر لكان قولاً له وجه : أعني في دية الخطأ ، لكن لم يقل به أحد ، وعمدة مالك أنه مال قد أتلّف فوجب فيه القيمة ، أصله سائر الأموال ، واختلاف في الواجب في العبد على من يجب ؟ فقال أبو حنيفة : هو على عاقلة القاتل ، وهو الأشهر عن الشافعي ، وقال مالك : هو على القاتل نفسه : وعمدة مالك تشبيه العبد بالعروض ، وعمدة الشافعي قياسه على الحر .

ومما يدخل في هذا الباب من أنواع الخطأ دية الجنين ، وذلك لأن سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمدا محضاً ، وإنما هو عمد في أمه خطأ فيه ، والنظر في هذا الباب هو أيضاً في الواجب في ضرب الأجنة وفي صفة الجنين الذي يجب فيه الواجب ، وعلى من تجب ، ولمن يجب ، وفي شروط الوجوب . فأما الأجنة فلمنهم اتفقوا على أن الواجب في جنين الحرة وجنين الأمة من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة وغيره « أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرح جنينها ، ففرض فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة » واتفقوا على أن قيمة الغرة الواجبة في ذلك عند من رأى أن الغرة في ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هي نصف عشر دية أمه ؛ إلا أن من رأى أن الدية الكاملة على أهل الدراهم هي عشرة آلاف درهم قال : دية الجنين خمسمائة درهم ، ومن رأى أنها اثنا عشر ألف درهم قال : ستمائة درهم ، والذين لم يحدوا في ذلك حداً أو لم يحدوها من جهة القيمة وأجازوا إخراج قيمتها عنها قالوا : الواجب في ذلك قيمة الغرة بالغة ما بلغت ؛ وقال داود وأهل الظاهر : كل ما وقع عليه اسم غرة أجزأ ، ولا يجوز عند القيمة في ذلك فيما أحسب ، واختلفوا في الواجب في جنين الأمة وفي جنين الكتابية ؛ فذهب مالك والشافعي إلى أن في جنين الأمة عشر قيمة أمه ذكرها كان أو أنثى يوم ينجى عليه ؛ وفرق قوم بين الذكر والأنثى ، فقال قوم : إن كان أنثى فيه عشر قيمة أمه ، وإن كان ذكراً فعشر قيمته لو كان حياً ، وبه قال أبو حنيفة ، ولا خلاف عندهم أن جنين الأمة إذا سقط حياً أن فيه قيمته ؛ وقال أبو يوسف : في جنين الأمة إذا سقط ميتاً منها ما نقص .

من قيمة أمه . وأما جنين النمية ، فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : فيه عشر دية أمه ، لكن أبو حنيفة على أصله في أن دية الذي دية المسلم ، والشافعي على أصله في أن دية الذي ثلث دية المسلم ، ومالك على أصله في أن دية الذي نصف دية المسلم . وأما صفة الجنين الذي يجب فيه فلأنهم اتفقوا على أن من شروطه أن يخرج الجنين ميتا ولا تموت أمه من الضرب . واختلفوا إذا ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتا ، فقال الشافعي ومالك : لا شيء فيه ؛ وقال أشهب : فيه الغرة ، وبه قال الليث وربيعه والزهرى . واختلفوا من هذا الباب في فروج ، وهي العلامة التي تدل على سقوطه حيا أو ميتا . فذهب مالك وأصحابه إلى أن علامة الحياة الاستهلال بالصياح أو البكاء ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأكثر الفقهاء : كل ما علمت به الحياة في العادة من حركة أو عطاس أو تنفس فأحكامه أحكام الحي ، وهو الأظهر . واختلفوا من هذا الباب في الحلقة التي توجب الغرة ، فقال مالك : كل ما طرحته من مضغة أو علقه مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة ؛ وقال الشافعي : لا شيء فيه حتى تستين الخلقة . والأجود أن يعتبر نفخ الروح فيه ، أعنى أن يكون يجب فيه الغرة إذا علم أن الحياة قد كانت وجدت فيه . وأما على من يجب ؟ فلأنهم اختلفوا في ذلك ؛ فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حي والحسن البصري : هي في مال الجاني ؛ وقال آخرون : هي على العاقلة ، ومن قال بذلك الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة . وعمدتهم أنها جناية خطأ فوجب على العاقلة . وما روى أيضا عن جابر بن عبد الله « أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدأ بزوجه ولدها » . وأما مالك فذهبها بدية العمد إذا كان الضرب عمدا . وأما من يجب ؟ فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : هي لورثة الجنين ، وحكمها حكم الدية في أنها موروثة ؛ وقال ربيعة والليث : هي للأمم خاصة ، وذلك أنهم شبهوا جنينها بعضو من أعضائها ، ومن الواجب الذي اختلفوا فيه في الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة ، فذهب الشافعي إلى أن فيه الكفارة وإجابة ؛ وذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها : فأما الشافعي فإنه أوجبها لأن الكفارة عنده وإجابة في العبد والخطأ . وأما أبو حنيفة فإنه غلب عليه حكم العبد ،

والكفارة لا تجب عنده في العمد . وأما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد وتجب في الخطأ ، وكان هذا متردداً عنده بين العمد والخطأ استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها . ومن أنواع الخطأ المختلف فيه ، اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد ، فقال الجمهور : هم ضامنون لما أصابت الدابة ، واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذي أجهز فرسه فوطئ آخر بالعقل . وقال أهل الظاهر : لاضمان على أحد في جرح العجماء ، واعتمدوا الأثر الثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام « جَرَحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ ، وَالْبَيْتَرُ جُبَارٌ ، وَالْمَعْدِنُ جُبَارٌ ، وَفِي الرِّكَازِ الْخُمُسُ » فحمل الجمهور الحديث على أنه إذا لم يكن بالدابة راكب ولا سائق ولا قائد ، لأنهم رأوا أنه إذا أصابت الدابة أحداً وعليها راكب أو لها قائد أو سائق ، فإن الراكب لها أو السائق أو القائد هو المصيب ولكن خطأ . واختلف الجمهور فيما أصابت الدابة برجلها ، فقال مالك لأشياء فيه إن لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيئاً يبعثها به على أن ترمح برجلها ؛ وقال الشافعي : يضمن الراكب ما أصابت بيدها أو برجلها ، وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى ، وسواء بين الضمان برجلها أو بغير رجلها ، وبه قال أبو حنيفة ، إلا أنه استثنى الرحمة بالرجل أو بالذنب ، وربما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه صلى الله عليه وسلم « الرَّجُلُ جُبَارٌ » ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي ورده . وأقاول العلماء فيمن حفر بئراً فوق وقع فيه إنسان متقاربة ؛ قال مالك : إن حفر في موضع جرت العادة الحفر في مثله لم يضمن وإن تعدى في الحفر ضمن ؛ وقال الليث : إن حفر في أرض يملكها لم يضمن وإن حفر فيما لا يملك ضمن ، فمن ضمن عنده فهو من نوع الخطأ . وكذلك اختلفوا في الدابة الموقوفة ، فقال بعضهم : إن أوقفها بحيث يجب له أن يوقفها لم يضمن ، وإن لم يفعل ضمن ، وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة : يضمن على كل حال ، وليس يرثه أن يربطها بموضع يجوز له أن يربطها فيه ، كما لا يرثه ركوبها من ضمان ما أصابته وإن كان الركوب مباحاً . واختلفوا في الفارسين يصطدمان فيموت كل واحد منهما ؛ فقال مالك وأبو حنيفة

وجماعة : على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة ؛ وقال الشافعي وعثمان البني : على كل واحد منهما نصف دية صاحبه ، لأن كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه . وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية ، مثل أن يقطع الخشقة في الختان ، وما أشبه ذلك ، لأنه في معنى الجاني خطأ ؛ وعن مالك رواية : أنه ليس عليه شيء ، وذلك عنده إذا كان من أهل الطب ، ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن لأنه متعد ، وقد ورد في ذلك مع الإجماع حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ تَطَبَّبَ وَلَمْ يُعَلِّمْ مِنْهُ قَبْلَ ذَلِكَ الطَّبِّ فَتَهُوَ ضَامِنٌ » والدية فيما أخطأه الطبيب عند الجمهور على العاقلة ، ومن أهل العلم من جعله في مال الطبيب ، ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنها في ماله على ظاهر حديث عمرو بن شعيب . ولا خلاف بينهم أن الكفارة التي نص الله عليها في قتل الحر خطأ واجبة . واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة ؟ وفي قتل العبد خطأ ، فأوجبها مالك في قتل الحر فقط في الخطأ دون العمد وأوجبها الشافعي في العمد من طريق الأولى والأخرى ؛ وعند مالك أن العمد في هذا حكمه حكم الخطأ . واختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام ؛ فقال مالك وأبو حنيفة وابن أبي ليلى : لا تغلظ الدية فيهما ؛ وقال الشافعي : تغلظ فيهما في النفس وفي الجراح . وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم أنه يزداد فيها مثل ثلثها ، وروى ذلك عن عمر ، وكذلك عند الشافعي من قتل ذا رحم محرم . وعمدة مالك وأبي حنيفة عموم الظاهر في توقيت الديات ، فمن ادعى في ذلك تخصيصا فعليه الدليل مع أنهم قد أجمعوا على أنه لا تغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما . وعمدة الشافعي أن ذلك مروى عن عمرو وعثمان وابن عباس ، وإذا روى عن الصحابة شيء مخالف للقياس وجب خمله على التوقيف ، ووجه مخالفته للقياس أن التغليظ فيما وقع خطأ بعيد عن أصول الشرع ، وللفريق الثاني أن يقول إنه قد ينقدح في ذلك قياس لما ثبت في الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه يقضمان الصيود فيه .

كتاب الديات فيما دون النفس

والأشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شجاج وأعضاء ، فلنبداً بالقول في الشجاج ، والنظر في هذا الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدره للواجب ، وعلى من تجب ؟ ومتى تجب ؟ ولين تجب ؟ فأما محل الوجوب فهي الشجاج أو قطع الأعضاء ، والشجاج عشرة في اللغة والفقه : أولها الدامية وهي التي تدمى الجلد ، ثم الخارصة وهي التي تشق الجلد ، ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم : أي تشقه ، ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم ، ثم السمحاق وهي التي تبلغ السمحاق وهو الغشاء الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها : الملتطاة بالمد والقصر ، ثم الموضحة وهي التي توضح العظم : أي تكشفه ، ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ، ثم المنقلة وهي التي يطير العظم منها ، ثم المأمومة وهي التي تصل أم الدماغ ، ثم الجائفة وهي التي تصل إلى الجوف ، وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن ، واسم الجرح يختص بما وقع في البدن ، فهذه أسماء هذه الشجاج : فأما أحكامها أعني الواجب فيها ، فاتفق العلماء على أن العقل واقع في عمد الموضحة وما دون الموضحة خطأ : واتفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطأ جفلاً ، وإنما فيها حكومة ، قال بعضهم : أجرة الطبيب ، إلا ما روى عن عمر وعثمان أنهما قضيا في السمحاق بتصف دية الموضحة ، وروى عن علي أنه قضى فيها بأربع من الإبل ، وروى عن زيد بن ثابت أنه قال : في الدامية بعير ، وفي الباضعة بعيران ، وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة ، وفي السمحاق أربعة ، والجمهور من فقهاء الأمصار على ما ذكرنا ؛ وذلك أن الأصل في الجراح الحكومة إلا ما وقتت فيه السنة حداً ، ومالك يعتبر في إلزام الحكومة فيما دون الموضحة أن تبرأ على يده ، والغير من فقهاء الأمصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ فهذه هي أحكام ما دون الموضحة : فأما الموضحة فجميع الفقهاء على أن فيها إذا كانت خطأ خمسين الإبل ، وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتابه لعمر بن حزم ، ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « في الموضحة خمس » ، يعني من الإبل ،
واختلف العلماء في موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا ، أعني
على وجوب القصاص في العمد ووجوب الدية في الخطأ منها ، فقال مالك :
لا تكون الموضحة إلا في جهة الرأس والحية والحدين واللحي الأعلى ، ولا تكون
في اللحي الأسفل لأنه في حكم العنق ولا في الأنف ؛ وأما الشافعي وأبو حنيفة
فالموضحة عندهما في جميع الوجه والرأس ؛ والجمهور على أنها لا تكون في الجسد
وقال الليث وطائفة : تكون الموضحة في الجنب ؛ وقال الأوزاعي : إذا
كانت في الجسد كانت على النصف من ديتها في الوجه والرأس . وروى عن
عمر أنه قال : في موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو . وغلط بعض
العلماء في موضحة الوجه تبرا على شين ، فرأى فيها مثل نصف عقلها زائدا
على عقلها ، وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار ، واضطرب قول مالك
في ذلك ، فرة قال بقول سليمان بن يسار ، ومرة قال : لا يزداد فيها على عقلها
شيء ، وبه قال الجمهور ؛ وقد قيل عن مالك إنه قال : إذا شابت الوجه كان
فيها حكومة من غير توقيف ، ومعنى الحكومة عند مالك ما نقص من قيمته
أن لو كان عبدا . وأما الهاشمة ففيها عند الجمهور عشر الدية ، وروى ذلك عن
زيد بن ثابت ، ولا مخالفدة من الصحابة ؛ وقال بعض العلماء : الهاشمة هي
المنقلة . وشذ . وأما المنقلة فلا خلاف أن فيها عشر الدية ونصف العشر إذا كانت
خطأ ، فأما إذا كانت عمدا ، فجمهور العلماء على أن ليس فيها قود لمكان
الخطأ . وحكى عن ابن الزبير أنه أقاد منها ومن المأمومة . وأما الهاشمة
في العمد ، فروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس فيها قود . ومن أبجاز القود
من المنقلة كان أخرى أن يجوز ذلك من الهاشمة . وأما المأمومة فلا خلاف أنه
لا يقاد منها وأن فيها ثلث الدية إلا ما حكى عن ابن الزبير . وأما الخافقة فاتفقوا
على أنها من جراح الجسد لا من جراح الرأس وأنها لا يقاد منها وأن فيها ثلث
الدية وأنها بخافقة متى وقعت في الظهر والبطن . واختلفوا إذا وقعت في غير
ذلك من الأعضاء فنقلت إلى تجزيه ، فحكى مالك عن سعيد بن المسيب
أن في كل جراحة نافذة إلى تجويف عضو من الأعضاء - أي عضو كان - ثلث دية
ذلك العضو . وحكى ابن شهاب أنه كان لا يرى ذلك وهو الذي اختاره مالك

لأن القياس عنده في هذا لا يسوغ، وإنما سنده في ذلك الأجهاد من غير توقيف وأما سعيد فإنه قاس ذلك على الجائفة على نحو ما روى عن عمر في موضحة الجسد : وأما الجراحات التي تقع في سائر الجسد فليس في الخطأ منها إلا الحكومة .

القول في دياب الأعضاء

والأصل فيما فيه من الأعضاء إذا قطع خطأ مال محدود ، وهو الذي يسمى دية ، وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن أبيه أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم في العقول « إن في النفس مائة من الإبل ، وفي الأنف إذا استوعب جثدا مائة من الإبل ، وفي المأمومة ثلث الدية ، وفي الجائفة مثلها وفي العيين خمسون ، وفي اليد خمسون ، وفي الرجل خمسون ، وفي كل أصبع مائة من الإبل ، وفي السن ، وفي السن والموضحة خمس » وكل هذا مجمع عليه إلا السن والإبهام ، لأنهم اختلفوا فيها على ما سنده ، ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكر ههنا قياسا على ما ذكر فنقول : إن العلماء أجمعوا على أن في الشفتين الدية كاملة ، والجمهور على أن في كل واحدة منهما نصف الدية ، وروى عن قوم من التابعين أن في السفلى ثلث الدية لأنها تحبس الطعام والشراب ، وبالجملة فإن حركتها والمنفعة بها أعظم من حركة الشفة العليا ، وهو مذهب زيد بن ثابت . وبالجفلة فجماعة العلماء وأئمة الفتوى متفقون على أن في كل زوج من الإنسان الدية ما خلا الحاجبين وتبدي الرجل . واختلفوا في الأذنين متى تكون فيهما الدية ؟ فقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري والليث : إذا اصطلمتا كان فيهما الدية ، ولم يشترطا لإذهاب السمع ، بل يجعلوا في ذهاب السمع الدية مفردة . وأما مالك فالمشهور عنده أنه لا تجب في الأذنين الدية إلا إذا ذهب سمعهما ، فإن لم يذهب ففيه حكومة . وروى عن أبي بكر أنه قضى في الأذنين بخمس عشرة من الإبل وقال : إنهما لا يصزان السمع ويسترهما الشعر . أو للعمامة . وروى عن عمر وعلى وزيد أنهم قضوا في الأذن إذا اصطلمت فصفت الدية : وأما الجمهور

من العلماء فلا خلاف عندهم أن في ذهاب السمع الدية ٥ وأما الحاجبان
ففيهما عند مالك والشافعي حكومة ٥ وقال أبو حنيفة : فيهما الدية ٥
وكذلك في أشفار العين ٥ وليس عند مالك في ذلك إلا حكومة ٥ وعمدة الحنفية
ما روى عن ابن مسعود أنه قال : في كل اثنين من الإنسان الدية وتشبيههما
بما أجمعوا عليه من الأعضاء المشاة ٥ وعمدة مالك أنه لا مجال فيه للقياس وإنما
طريقه التوقيف ٥ فإلم يثبت من قبل السماع فيه دية فالأصل أن فيه حكومة ٥
وأيضاً فإن الحواجب ليست أعضاء لها منفعة ولا فعل بين ٥ أعنى ضرورياً
في الخلقة ٥ وأما الأجفان فقليل في كل جفن منها ربع الدية ٥ وبه قال الشافعي
والكوفي ٥ لأنه لا بقاء للعين دون الأجفان ٥ وفي الجفنين الأسفلين عند غيرهما
الثلث وفي الأعلىين الثلثان ٥ وأجمعوا على أن من أصيب من أطرافه أكثر
من دية أن له ذلك ٥ مثل أن تصاب عيناه وأنفه فله ديتان ٥ وأما الأنثيان
فأجمعوا أيضاً على أن فيهما الدية ٥ وقال جميعهم : إن في كل واحدة منهما
نصف الدية ٥ إلا ما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال : في البيضة اليسرى
ثلثا الدية لأن الوالد يكون منها وفي اليمنى ثلث الدية ٥ فهذه مسائل الأعضاء
المزدوجة ٥ وأما المفردة فإن جمهورهم على أن في اللسان خطأ الدية ٥ وذلك
مروى عن النبي صلى الله عليه وسلم ٥ وذلك إذا قطع كله أو قطع منه
ما يمنع الكلام ٥ فإن لم يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة ٥ واختلفوا
في القصاص فيه عمداً ٥ فمنهم من لم ير فيه قصاصاً وأوجب الدية ٥ وهم
مالك والشافعي والكوفي ٥ لكن الشافعي يرى الدية في مال الحائض ٥ والكوفي
ومالك على العاقلة ٥ وقال الليث وغيره : في اللسان عمداً القصاص ٥
وأما الأنف فأجمعوا على أنه إذا أوجب جدعا على أن فيه الدية على ما في الحديث
وسواء عند مالك ذهب الشحم أو لم يذهب ٥ وعنده أنه إذا ذهب أحدهما ففيه
الدية ٥ وفي ذهاب أحدهما بعد الآخر الدية الكاملة ٥ وأجمعوا على أن في الذكر
الصحيح الذي يكون به الوطء الدية كاملة ٥ واختلفوا في ذكر العنين
والخصى ٥ كما اختلفوا في لسان الأخرس وفي اليد الشلاء ٥ فمنهم من جعل فيها
الدية ٥ ومنهم من جعل فيها حكومة ٥ ومنهم من قال : في ذكر الخصى
والعين ثلث الدية ٥ والذي عليه الجمهور أن فيه حكومة ٥ وأقل ما تجب

فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ؛ ثم في باقي الذكر حكومة وأما عين
الأعور فالعلماء فيه قولان أحدهما أن فيه الدية كاملة ، وإليه ذهب مالك
وجماعة من أهل المدينة ، وبه قال الليث ، وقضى به عمر بن عبد العزيز
وهو قول ابن عمر ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري : فيها نصف
الدية كما في عين الصحيح وهو مروي عن جماعة من التابعين : وعمده
الفريق الأول أن العين الواحدة للأعور بمنزلة العينين جميعا لغير الأعور .
وعنده الفريق الثاني حديث عمرو بن حزم : أَعْنَى عموم قوله « وفي العين
نصف الدية » ، وقياسا أيضا على إجماعهم أنه ليس على من قطع يد من له
يد واحدة إلا نصف الدية . فسبب اختلافهم في هذا معارضة العموم للقياس ،
ومعارضة القياس للقياس . ومن أحسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فأذهب
بعض بصرها ما روى من ذلك عن علي رضي الله عنه أنه أمر بالذي أصيب
ببصره بأن عصبت عينه الصحيحة ، وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر
إليها حتى لم يبصرها ، فخط عند أول ذلك خطا في الأرض ثم أمر بعينه
المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة ، وأعطى رجلا البيضة بعينها فانطلق
بها وهو ينظر إليها حتى خفيت عنه ، فخط أيضا عند أول ما خفيت عنه
في الأرض خطا ، ثم علم ما بين الخطين من المسافة ، وعلم مقدار ذلك من
منتهى رؤية العين الصحيحة ، فأعطاه قدر ذلك من الدية . ويختبر صدقه
في مسافة إدراك العين العلية والصحيحة بأن يختبر ذلك منه مرارا حتى
في مواضع مختلفة ، فإن خرجت مسافة تلك المواضع التي ذكر واحدة علمنا
أنه صادق . واختلف العلماء في الجناية على العين القائمة الشكل التي ذهب
بصرها ؛ فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : فيها حكومة ؛ وقال زيد بن
ثابت : فيها عشر الدية مائة دينار ؛ وحمل ذلك الشافعي على أنه كان ذلك من
زيد تقويما لا تقويتا . وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس أنهما
قضيا في العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء في كل واحدة منها
ثلث الدية . وقال مالك : تتم دية السن بأسودادها ثم في قلعتها بعد أسودادها
حية . واختلف العلماء في الأعور وفقا عين الصحيح عمدا ؛ فقال الجمهور
فإن التزود ، وإن عزا فله الدية ، قال قوم : كاملة ؛ وقال قوم :

نصفها ، وبه قال الشافعي وابن القاسم ، وبكلا القولين قال مالك ،
وبالدية كاملة قال المغيرة من أصحابه وابن دينار . وقال الكوفيون : ليس
للصحيح الذي فقت عينه إلا القود أو ما اصطلاحوا عليه : وعمدة من رأى جميع
الدية عليه إذا عفا عن القود أنه يجب عليه ذية ما ترك له وهي العين العوراء ،
وهي دية كاملة عند كثير من أهل العلم . ومذهب عمر وعثمان وابن عمر
أن عين الأعور إذا فقت وجب فيها ألف دينار ، لأنها في حقه في معنى العينين
كلتيهما إلا العين الواحدة ، فإذا تركها له وجبت عليه ديته . وعمدة أولئك
البقاء على الأصل ؛ أعني أن في العين الواحدة نصف الدية : وعمدة أبي حنيفة
أن العمد ليس فيه دية محدودة ، وهذه المسئلة قد ذكرت في باب القود
في الجراح . وقال جمهور العلماء وأئمة الفتوى : مالك وأبو حنيفة والشافعي
والثوري وغيرهم : إن في كل أصبع عشراً من الإبل وإن الأصابع في ذلك
سواء وإن في كل أتملة ثلث العشر إلا ماله من الأصابع أتملتان كالإبهام ؛
ففي أتملته خمس من الإبل ، وعمدتهم في ذلك ما جاء في حديث عمرو بن حزم أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قال وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الإبل »
وخرج عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قضى في الأصابع بعشر العشر » وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس
وهي عندهم على أهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم في الدية من
الورق ، فهي عند من يرى أنها اثنا عشر ألف درهم عشرها ، وعند من يرى
أنها عشرة آلاف عشرها : وروى عن السلف المتقدم اختلاف في عقل
الأصابع ، فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في الإبهام والتي تليها بعقل
نصف الدية ، وفي الوسطى بعشر فرائض ، وفي التي تليها بتسع ، وفي الخنصر
بست : وروى عن مجاهد أنه قال في الإبهام خمسة عشر من الإبل ، وفي التي
تليها عشر ، وفي الوسطى عشر ، وفي التي تليها ثمان ، وفي الخنصر سبع
وأما الترقوة والضلع ، ففيهما عند جمهور فقهاء الأمصار حكومة ، وروى
عن بعض السلف فيها ثويت . وروى عن مالك أن عمر بن الخطاب قضى
في الضرس بجمل ، والضلع بجمل ، وفي الترقوة بجمل . وقال سعيد بن جبير
في الترقوة يغيران . وقال قتادة : أربعة أبعرة . وعمدة فقهاء الأمصار أن

ما لم يثبت فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم توقيت فليس فيه إلا حكومة .
 وجهور فقهاء الأمصار على أن في كل سن من أستان الفم خسا من الإبل ، وبه
 قال ابن عباس . وروى مالك عن عمر أنه قضى في الضرس يحمل وذلك فيما لم
 يكن منها في مقدم الفم . وأما التي في مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خسا من الإبل .
 وقال سعيد بن المسيب : في الأضراس بعيران . وروى عن عبد الملك بن مروان
 أن مروان بن الحكم اعترض في ذلك على ابن عباس فقال : أتجعل مقدم
 الأسنان مثل الأضراس ؟ فقال ابن عباس : أو لم يعتبر ذلك إلا بالأصابع
 عقلها سواء ، غمدة الجمهور في مثل ذلك ماثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام
 أنه قال « في السنّ خمس » وذلك من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن
 جده ، واسم السن ينطلق على التي في مقدم الفم ومؤخره ، وتشبيهها أيضا
 بالأصابع التي استوت ديتها وإن اختلفت منافعها . وعمدة من خالف بينهما أن
 الشرع يوجد فيه تفاضل الذيات لتفاضل الأعضاء مع أنه يشبه أن يكون من
 صبار إلى ذلك من الصدر الأول إنما صار إليه عن ثوقيف ، وجميع هذه الأعضاء
 التي تثبت الدية فيها خطأ فيها القود في قطع ما قطع وقلع ما قلع . واختلفوا
 في كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود أم لا ؟ فذهب مالك
 وأصحابه إلى أن القود في كسر جميع العظام إلا الفخذ والصلب ، وقال الشافعي :
 واللبث : لأقصاص في عظم من العظام يكسر ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه
 استثنى السن . وروى عن ابن عباس أنه لأقصاص في عظم ، وكذلك عن
 عمر . قال أبو عمر بن عبد البر : ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أفاد في السن
 المكسورة من حليث أنسن قال : وقد روى من حديث آخر أن النبي عليه الصلاة
 والسلام لم يقدر من العظم المقطوع في غير المفصل إلا أنه ليس بالقوى . وروى عن
 مالك أن أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أفاد من كسر الفخذ : وافقوا على أن
 دية المرأة نصف دية الرجل في النفس . واختلفوا في ديات الشجاج وأعضائها ؛
 فقال جمهور فقهاء المدينة : تساوى المرأة الرجل في عقلها من الشجاج والأعضاء
 إلى أن تبلغ ثلث الدية ، فإذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها إلى النصف
 من دية الرجل ، أغنى دية أعضائها من أعضائه ، مثال ذلك أن في كل أصبع
 من أصابعها عشرة من الإبل ، وفي اثنين منها عشرون ، وفي ثلاثة ثلاثون ،

وفي أربعة عشرون ، وبه قال مالك وأصحابه والليث بن سعد ، ورواه مالك عن سعيد بن المسيب وعن عروة بن الزبير ، وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز ؛ وقالت طائفة : بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل إلى الموضحة ، ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهو الأشهر من قول ابن مسعود ، وهو مروى عن عثمان ، وبه قال شريح وجماعة ؛ وقال قوم : بل دية المرأة في جراحها وأطرافها على النصف من دية الرجل في قليل ذلك وكثيره ، وهو قول على رضي الله عنه ، وروى ذلك عن ابن مسعود ، إلا أن الأشهر عنه ما ذكرناه أولا ، وبهذا القول قال أبو حنيفة والشافعي والثوري . وعمدة قائل هذا القول أن الأصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل . فوجب التمسك بهذا الأصل حتى يأتي دليل من السماع الثابت ، إذ القياس في الديات لا يجوز ويخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفا للقياس . ولذلك قال ربيعة لسعيد ما يأتي ذكره عنه ، ولا اعتماد للطائفة الأولى إلا مراسيل ، وما روى عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن أبي عبد الرحمن كم في أربع من أصابعها ؟ قال عشرون ، قلت حين عظم جرحها واشتدت يليها نقص عقلها ، قال : أعراق أنت ؟ قلت بل عالم متثبت أو جاهل متعلم ، قال : هي السنة . وروى أيضا عن النبي عليه الصلاة والسلام من مرسل عمرو ابن شعيب عن أبيه وعكرمة . وقد رأى قوم أن قول الصحابي إذا خالف القياس وجب العمل به ، لأنه يعلم أنه لم يترك القول به إلا عن توقيف ، لكن في هذا ضعف إذ كان يمكن أن يترك القول به إما لأنه لا يرى القياس ، وإما لأنه عارضه في ذلك قياس ثان أو قلد في ذلك غيره . فهذه حال ديات جراح الأحرار والجنابات على أعضائها الذكور منها والإناث . وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم ، فإن العلماء اختلفوا فيها على قولين : فذهب من رأى أن في جراحهم وقطع أعضائهم ما نقص من ثمن العبد ، ومنهم من رأى أن الواجب في ذلك من قيمته قدر ما في ذلك الجراح من ديته ، فيكون في موضحته نصف عشر قيمته ، وفي عينه نصف قيمته ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وهو قول عمر وعلى ؛ وقال مالك : يعتبر في ذلك كله ما نقص من ثمنه إلا موضحته ومنقلته وأمومته ، ففيها من ثمنه قدر ما فيها في الحر من ديته .

وعدة الفريق الأول تشييه بالعروض . وعدة الفريق الثاني تشييه بالحر
إذ هو مسلم ومكلف ولا خلاف بينهم أن دية الخطأ من هذه إذا تجاوزت الثلث
على العاقلة ، واختلف فيما دون ذلك ، فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجماعة :
إن العاقلة لا تحمل من ذلك إلا الثلث فما زاد ؛ وقال أبو حنيفة : تحمل من ذلك
العشر فما فوقه من الدية الكامة ؛ وقال الثوري وابن شبرمة : الموضحة فما زاد
على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي : تحمل العاقلة القليل والكثير من دية
الخطأ . وعدة الشافعي هي أن الأصل هو أن العاقلة هي التي تحمل دية الخطأ
فمن خصص من ذلك شيئا فعليه الدليل ، ولا عدة للفريق المتقدم إلا أن ذلك
معمول به ومشهور ، وهنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب القسامة

اختلف العلماء في القسامة في أربعة مواضع تجرى مجرى الأصول لفروع
هذا الباب : المسئلة الأولى : هل يجب الحكم بالقسامة أم لا ؟ . الثانية ؛ إذا
قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرد الدعوى . المسئلة الثالثة :
هل يبدأ بالإيمان فيها المدعون أو المدعى عليهم ، وكم عدد الحالفين من الأولياء ؟
المسئلة الرابعة : فيما يعد لوثا يجب به أن يبدأ المدعون بالإيمان .

(المسئلة الأولى) أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء
الأمصار : مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد وسفيان وداود وأصحابهم وغير
ذلك من فقهاء الأمصار ؛ وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو قلابة
وعمر بن عبد العزيز وابن علية : لا يجوز الحكم بها . عدة الجمهور ما ثبت
عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حويصة ومحيصة وهو حديث متفق على
صحته من أهل الحديث ، إلا أنهم مختلفون في ألفاظه على ما سيأتي بعد . وعدة
الفريق النافي لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لأصول الشرع . الجمع على
صحتها : فمنها أن الأصل في الشرع أن لا يحلف أحد إلا على ما علم قطعا أو شاهدا .
حسا ، وإذا كان ذلك كذلك ، فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل

بل قد يكونون في بلد والقتل في بلد آخر ، ولذلك روى البخاري عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوما للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال : ما تقولون في القسامة ؟ فأضرب القوم وقالوا : نقول إن القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء ، فقال ما تقول يا أبا قلابة ونصبتني للناس ، فقلت : يا أمير المؤمنين عندك أشرف العرب ورؤساء الأجناد ، أرايت لو أن خمسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنى بدمشق ولم يروه أكننت ترجمه ؟ قال : لا قلت : أرايت لو أن خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل أنه سرق بجمص ولم يروه أكننت تقطعه ؟ قال : لا . وفي بعض الروايات : قلت فإياهم إذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم عندك أقبلت بشهادتهم ؟ قال : فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة : إنهم إن أقاموا شاهدي عدل أن فلانا قتله فأقده ، ولا يقتل شهادة الخمسين الذين أقسموا . قالوا : ومنها أن من الأصول أن الإيمان ليس لها تأثير في إشاعة الدماء . ومنها أن من الأصول « أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » ومن حجبتهم أنهم لم يروا في تلك الأحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وإنما كانت حكما جاهليا فتلطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليربهم كيف لا يئلم الحكم بها على أصول الإسلام ، ولذلك قال لهم : أنحلفون خمسين يمينا : أعني لولاة الدم وهم الأنصار ؟ قالوا : كيف نحلف ولم نشاهد ؟ قال : فيحلف لكم اليهود ، قالوا : كيف نقبل إيمان قوم كفار ؟ قالوا : فلو كانت السنة أن يحلفوا وإن لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هي السنة . قال : وإذا كانت هذه الآثار غير نص في القضاء بالقسامة والتأويل يتطرق إليها فصرفها بالتأويل إلى الأصول أولى : وأما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى أن سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة ، وزعم أن العلة في ذلك حيلة الدماء ، وذلك أن القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل إنما يتخفى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظا للدماء ، لكن هذه العلة تدخل عليه في قطاع الطريق والسارق ، وذلك أن السارق تعسر الشهادة عليه ، وكذلك قاطع الطريق ، فلهذا أجاز مالك شهادة المستولين على السالبيين مع مخالفة ذلك للأصول ، وذلك أن المستولين مدعون على سلبهم والله أعلم .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها ، فقال مالك وأحمد يستحق بها الدم في العمد والدية في الخطأ ؛ وقال الشافعي والثوري وجاعة : تستحق بها الدية فقط ؛ وقال بعض الكوفيين : لا يستحق بها إلا دفع الدعوى على الأصل في أن اليمين إنما تجب على المدعى عليه ؛ وقال بعضهم : بل يخلف المدعى عليه ويغرم الدية ، فعلى هذا إنما يستحق منها دفع القود فقط ، فيكون فيما يستحق المقسمون أربعة أقوال . فعلمة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حنمة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم « تَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ » وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن بشار وفيه : فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَتَحْلِفُونَ تَحْمِسِينَ يَمِينًا وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ أَوْ قَاتِلِكُمْ » . وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط ، فهو أن الأيمان يوجد لما تأثير في استحقاق الآء وال أعنى في الشرع ، مثل ما ثبت من الحكم في الأموال باليمين والشاهد ، ومثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه أو بالنكول وقلها على المدعى عُد من يقول بقلب اليمين مع النكول مع أن حديث مالك عن ابن أبي ليلى ضعيف لأنه رجل مجهول لم يرو عنه غير مالك . وقيل فيه أيضا إنه لم يسمع من سهل . وحديث بشير ابن بشار قد اختلف في إسناده ، فأرسله مالك وأسند غيره . قال القاضي : يشبه أن تكون هذه العلة هى السبب في أن لم يخرج البخارى هذين الحديثين ، واعتضد عندهم القيناس في ذلك بما روى من عمر رضى الله عنه أنه قال : لا قود بالقسامة ، ولكن يستحق بها الدية . وأما الذين قالوا إنما يستحق بها دفع الدعوى فقط ، فعلمتهم أن الأصل هو أن الأيمان على المدعى عليه ، والأحاديث التى يذكرها فيما بعد إن شاء الله

(المسئلة الثالثة) واختلف القائلون بالقسامة ، أعنى الذين قالوا إنها يستوجب بها مال أو دم فيمن يبدأ بالأيمان الخمسين على ما ورد في الآثار ؛ فقال الشافعي وأحمد وداود بن علي وغيرهم : يبدأ المدعون ؛ وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة : بل يبدأ المدعى عليهم بالأيمان . وعمدة من بدأ بالمدعين حديث مالك عن ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حنمة ومرسله عن بشير بن بشار . وعمدة من رأى التبعة بالمدعى عليهم ما أخرجه

البخارى عن سعيد بن عبيد الطائي عن بشير بن يسار أن رجلا من الأنصار يقال له سهل بن حنمة وفيه « فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تأتون بالبينّة على من قتلته » قالوا : ما لنا بينة ، قال : فيحلفون لكم ، قالوا : ما نرضى بأيمان يهود ، وكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل حقه ، فوداه بمائة بعير من إبل الصدقة » قال القاضي : وهذا نص في أنه لا يستوجب بالإيمان الخمسين إلا دفع الدعوى فقط : واحتجوا أيضا بما أخرجه أبو داود أيضا عن أبي سلمة بن أبي عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبار الأنصار « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لليهود وبدأ بهم : ائحلف منكم خمسون رجلا تخمين يميننا ؟ فأبوا ، فقال للأنصار : ائحلفوا ، فقالوا : أنحلف على الغيب يا رسول الله ؟ فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود » لأنه وجد بين أظهرهم ، وبهذا تمسك من جعل اليمين في حق المدعى عليه وألزمهم الغرم مع ذلك ، وهو حديث صحيح الإسناد ، لأنه رواه الثقات عن الزهري عن أبي سلمة ، وروى الكوفيون ذلك عن عمر ، أعنى أنه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية . وخرج مثله أيضا من تلبئة اليهود بالإيمان عن رافع بن خديج ، واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهري عن سليمان بن يسار وعراك بن مالك أن عمر بن الخطاب قال للجهمي الذي ادعى دم وليه على رجل من بني سعد وكان أجرى فرسه فوطئ على أصبع الجهمي فترى فيها فات ، فقال عمر للذي ادعى عليهم : أتخلفون بالله خمسين يميناً ما مات منها ؟ فأبوا أن يحلفوا وتخرجوا ، فقال للمدعين : ائحلفوا ، فأبوا فقضى عليهم بشرط الدية . قالوا : وأحاديثنا هذه أولى من التي روى فيها تلبئة المدعين بالإيمان ، لأن الأصل شاهد لأحاديثنا من أن اليمين على المدعى عليه : قال أبو عمر : والأحاديث المتعارضة في ذلك مشهورة .

(المسئلة الرابعة) وهي موجب القسامة عند القائلين بها ، أجمع جمهور العلماء القائلون بها أنها لا تجب إلا بشبهة . واختلفوا في الشبهة ما هي ؟ فقال الشافعي : إذا كانت الشبهة في معنى الشبهة التي قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم

بالقسامة وهو أن يوجد قتيل في محلة قوم لا يخالطهم غيرهم ، وبين أولئك القوم ، وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الأنصار واليهود ، وكانت خيبر دار اليهود مختصة بهم ، ووجد فيها القتيل من الأنصار ، قال : وكذلك لو وجد في ناحية قتيل وإلى جانبه رجل مختضب بالدم ، وكذلك لو دخل على نفر في بيت فوجد بينهم قتيلًا وما أشبه هذه الشبه مما يغلب على ظن الحكام أن المدعى محق لقيام تلك الشبهة ؛ وقال مالك بنحو من هذا ، أعنى إن القسامة لا تجب إلا بלוث والشاهد الواحد عنده إذا كان عدلا لوث باتفاق عند أصحابه ، واختلفوا إذا لم يكن عدلا . وكذلك وافق الشافعي في قرينة الحال الخيلة مثل أن يوجد قتيل متشحطا بدمه وبقربه إنسان بيده حديد ملصقة ، إلا أن مالكا يرى أن وجود القتيل في المحلة ليس لوثا ، وإن كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل وبين أهل المحلة ، وإذا كان ذلك كذلك لم يبق ههنا شيء يجب أن يكون أصلا لاشتراط اللوث في وجوبها ، ولذلك لم يقل بها قوم ؛ وقال أبو حنيفة وصاحبه : إذا وجد قتيل في محلة قوم وبه أثر وجبت القسامة على أهل المحلة ؛ ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القتيل في المحلة دون سائر الشرائط التي اشترط الشافعي ، ودون وجود الأثر بالقتيل الذي اشترطه أبو حنيفة ، وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود ، وقال به الزهري وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال : القسامة تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتله أينما وجد ، فادعى ولادة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا ، فإن هم حلفوا على العمد فالقود وإن حلفوا على الخطأ فالدية ، وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا ، وعند مالك رجلا فصاعدا من أولئك ؛ وقال داود : لا أقضي بالقسامة إلا في مثل السبب الذي قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الأمصار القائلين بالقسامة ، فجعلوا قول المقتول فلان قتلني لوثا يوجب القسامة ، وكل قال بما غلب على ظنه أنه شبهة يوجب القسامة ولما كان الشبهة رأى تبدل المدعين بالإيمان من رأى ذلك منهم ، فإن الشبهه عند مالك تنقل اليقين من المدعى عليه إلى المدعى ، إذ سبب تعليق الشرع عنده اليقين بالمدعى عليه ، إنما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه ، وكأنه شبه ذلك

اليمن مع الشاهد في الأموال . وأما القول بأن نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للأصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام «لَوْ يُعْطَى النَّبَأُ بِدَعَاوِيهِمْ لَادْعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» . وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس ، وخرجه مسلم في صحيحه ، وما احتج به المالكية من قصة بقرة بنى إسرائيل فضعيف ، لأن الله لم يدق هنالك أسند إلى الفعل الخارق للعادة . واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها أكثر من واحد ؟ فقال مالك : لا تكون القسامة إلا على واحد ، وبه قال أحمد بن حنبل ؛ وقال أشهب : يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يعينه الأولياء ، وهو ضعيف ؛ وقال المغيرة الخزومي : كل من أقسم عليه قتل ؛ وقال مالك والليث : إذا شهد اثنان عدلان أن إنسانا ضرب آخر وبقي المضروب أياما بعد الضرب ثم مات أقسم أولياء المضروب بأنه مات من ذلك الضرب وقيد به ، وهذا كله ضعيف . واختلفوا في القسامة في العبد ، فبعض أثبتها ، وبه قال أبو حنيفة تشبيها بالحر ، وبعض نفها تشبيها بالبهيمة ، وبها قال مالك ، والدية عندهم فيها في مال القاتل ، ولا يحلف فيها أقل من خمسين رجلا خمسين يمينا عند مالك ، ولا يحلف عنده أقل من اثنين في الدم ويحلف الواحد في الخطأ ، وإن نكل عنده أحد من ولادة الدم بطل القود وصحت الدية في حق من لم ينكل ، أعنى حظه منها . وقال الزهري : إن نكل منهم أحد بطلت الدية في حق الجميع ، وفروع هذا الباب كثيرة . قال القاضي : والقول في القسامة هو داخل فيما تثبت به الدماء ، وهو في الحقيقة جزء من كتاب الأقضية ، ولكن ذكرناه هنا على عادتهم ، وذلك أنه إذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الأمور الشرعية رأوا أن الأولى أن يذكر في ذلك الجنس . وأما القضاء الذي يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الأشياء التي يقع فيها القضاء فيذكر في كتاب الأقضية ، وقد تجدهم يفعلون الأمرين جميعا كما فعل مالك في الموطأ ، فإنه ساق فيه الأقضية من كل كتاب .

« بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ، وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا »

كتاب في أحكام الزنى

والنظر في أصول هذا الكتاب في حد الزنا ، وفي أصناف الزناة ، وفي العقوبات لكل صنف صنف منهم ، وفيما ثبت به هذه الفاحشة .

الباب الأول في حد الزنى

فأما الزنى فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين ، وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الإسلام ، وإن كانوا اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحدود مما ليس بشبهة دارثة ، وفي ذلك مسائل نذكر منها أشهرها ، فمنها الأمة يقع عليها الرجل وله فيها شرك ، فقال مالك : يدرأ عنه الحد وإن ولدت ألحق الولد به وقوت عليه ، وبه قال أبو حنيفة وقال بعضهم يعزر ؛ وقال أبو ثور : عليه الحد كاملاً إذا علم الحرمة . وحجة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام « اذْرَوْا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ » والذين درعوا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صدق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم . وسبب الخلاف : هل ذلك الذى يغلب منها حكمه على الجزء الذى لا يملك أم حكم الذى لا يملك يغلب على حكم الذى يملك ؟ فإن حكم ما ملك الحليّة ، وحكم ما لم يملك الحرمة . ومنها اختلافهم في الرجل المجاهد يطأ جارية من المغنم ، فقال قوم : عليه الحد ؛ ودرأ قوم عنه الحد وهو أشبه . والسبب في هذه وفي التي قبلها واحد ، والله أعلم . ومنها أن محل رجل لرجل وطء خادمه ، فقال مالك : يدرأ عنه الحد ؛ وقال غيره : يعزر ؛ وقال بعض الناس : بل هي هبة مقبوضة ، والرقبة تابعة للفرج . ومنها الرجل يقع على جارية ابنه أو ابنته ، فقال الجمهور : لا حد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل خاطبه « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبْنِكَ » ولقوله عليه الصلاة والسلام « لَا يُقَادُ الْوَالِدُ بِالْوَلَدِ » وإجماعهم على أنه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ، ولذلك قالوا : تقوّم عليهم خلت أم لم تحمل لأنها قد حيرت على ابنه فكأنه استهلكها . ومن الحجة لهم أيضاً إجماعهم على

أن الأب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن أن يقتص من أبيه ، وكذلك كل من كان الابن له وليا . ومنها الرجل يطأ بجارية زوجته ، اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال ، فقال مالك والجمهور : عليه الحد كاملا ؛ وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه فيغرمها لزوجته إن كانت طاوعته ، وإن كانت استكرهها قومت عليه وهي حرة ، وبه قال أحمد وإسحاق ، وهو قول ابن مسعود . والأول قول عمر ، ورواه مالك في الموطأ عنه . وقال قوم : عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصنا أو ثيبا : وقال قوم : عليه التعزير . فعمدة من أوجب عليه الحد أنه وطئ دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد . وعمدة من درأ الحد ما ثبت أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى في رجل وطئ جارية امرأته أنه إن كان استكرهها فهي حرة وعليه مثلها لسيدها ، وإن كانت طاوعته فهي له ، وعليه لسيدها مثلها ، وأيضا فإن له شبهة في مالها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : تُشْكَحُ الْمَرْأَةُ لِثَلَاثَ ، فذكر مالها . ويقوى هذا المعنى على أصل من يرى أن المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثالث ، أو في الثالث فما فوقه ، وهو مذهب مالك . ومنها ما يراه أبو حنيفة من درء الحد عن واطئ المستأجرة ، والجمهور على خلاف ذلك ، وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه ، وكأنه رأى أن هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التي استأجرها عليها ، فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المثعة . ومنها درء الحد عن امتنع اختلف فيه أيضا . وبالحملة فالأنكحة الفاسدة داخلة في هذا الباب ، وأكثرها عند مالك تدرأ الحد إلا ما انعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقراءة مثلى الأم وما أشبه ذلك ، مما لا يعذر فيه بالجهل .

الباب الثاني في أصناف الزناة وعقوباتهم

والزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف : محصنون ثيب وأبكار وأحرار وعبيد وذكور وإناث . والحدود الإسلامية ثلاثة : رجم ، وجلد ، وغريب . فأما الثيب الأحرار المحصنون ، فإن المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم إلا فرقة من أهل الأهواء فلهم رأوا أن حد كل زان الجلد ، وإنما صار الجمهور للرجم لثبوت أحاديث الرجم ، فخصصوا الكتاب بالسنة

أعنى قوله تعالى - الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي - الآية . واختلفوا في موضعين : أحدهما هل يجلدون مع الرجم أم لا ؟ والموضع الثاني في شروط الإحصان .

(أما المسئلة الأولى) فإن العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم أم لا ؟ فقال الجمهور : لا يجلد على من وجب عليه الرجم ؛ وقال الحسن البصري وإسحاق وأحمد وداود : الزاني المحصن يجلد ثم يرجم . وعمدة الجمهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ، ورجم امرأة من جهينة ، ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الأزد ، كل ذلك مخرج في الصحاح ولم يروا أنه جلد واحدا منهم . ومن جهة المعنى أن الحد الأصغر ينطوى في الحد الأكبر ، وذلك أن الحد إنما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم . وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى - الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ - فلم يخص محصن من غير محصن . واحتجوا أيضا بحديث على رضي الله عنه ، أخرجه مسلم وغيره أن عليا رضي الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال : جلدتها بكتاب الله ، ورجمتها بسنة رسوله : وحديث عبادة بن الصامت ، وفيه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « خُذُوا عَنِّي قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهْنًا سَبِيلًا الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدٌ مِّائَةٌ وَتَغْرِيْبٌ عَامٌ ، وَالثَّيْبُ بِالثَّيْبِ جَلْدٌ مِّائَةٌ وَالرَّجْسُ بِالْحَيْجَارَةِ » وأما الإحصان فلأنهم اتفقوا على أنه من شرط الرجم . واختلفوا في شروطه فقال مالك : البلوغ والإسلام والحرية والوطء في عقله صحيح ، وحالة جائز فيها الوطء ، والوطء المحظور عنده هو الوطء في الحيض أو في الصيام ، فإذا زنى بعد الوطء الذي بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فعنده عنده الرجم ، ووافق أبو حنيفة مالكا في هذه الشروط إلا في الوطء المحظور ؛ واشترط في الحرية أن تكون من الطرفين ، أعنى أن يكون الزاني والزانية حريين ، ولم يشترط الإسلام الشافعي . وعمدة الشافعي ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ، وهو حديث متفق عليه « أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودي اللذين زنيا » لاذ رفع إليه أمرهما اليهود ، والله تعالى يقول - وَإِنْ حَكَمْتُمْ فاحْكُمْ بِبَيْنِهِمْ بِالْقِسْطِ - . وعمدة مالك من

طريق المعنى أن الإحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع علم الإسلام ، وهذا
 مبناه على أن الوطء في نكاح صحيح هو مندوب إليه ، فهذا هو حكم الثيب .
 وأما الأبيكار فإن المسلمين أجمعوا على أن حد البكر في الزنى جلد مائة لقوله تعالى
 - الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة - واختلفوا في التغريب
 مع الجلد ؛ فقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تغريب أصلا ؛ وقال الشافعي : لا بد
 من التغريب مع الجلد لكل زان ذكر أكان أو أنثى ، حرا كان أو عبدا ؛ وقال
 مالك : يغرب الرجل ولا تغرب المرأة ، وبه قال الأوزاعي ؛ ولا تغريب عند
 مالك على العبيد . فعمدة من أوجب التغريب على الإطلاق حديث عبادة بن
 الصامت المتقدم وفيه « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وكذلك ما خرج
 أهل الصحاح عن أبي هرير وزيد بن خالد الجهني أنهما قالوا « إن رجلا من
 الأعراب أتى النبي عليه الصلاة والسلام قال : يا رسول الله أنشدك الله إلا
 قضيت لي بكتاب الله ، فقال الخصم وهو أقره منه : نعم اقض بيننا بكتاب الله
 واأذن لي أن أتكلم ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : قل ، قال : إن ابني
 كان عسيفا على هذا فزني بامرأته ، وإني أخبرت أن على ابني الرجم فافتديته
 بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم فأخبروني أنما على ابني جلد مائة وتغريب
 عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
 وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَا قُضِيَ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ : أُمًّا الْوَلِيدَةُ
 وَالْقَسَمُ قَرَدٌ عَلَيْكَ ، وَعَلَى ابْنِكَ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيْبُ عام ،
 واغديا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، فغدا عليها
 أنيس فاعترفت ، فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بها فرجمت . ومن خصص
 المرأة من هذا العموم فلأنما خصصه بالقياس ، لأنه رأى أن المرأة تعرض بالغربة
 لأكثر من الزنى ، وهذا من القياس المرسل ، أعنى المصلحي الذي كثيرا ما يقول
 به مالك . وأما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب ، وهو مبنى على رأيهم أن الزيادة
 على النص نسخ وأنه ليس ينسخ الكتاب بأخبار الآحاد . ورووا عن عمر
 وغيره أنه حد ولم يغرب . وروى الكوفيون عن أبي بكر وعمر أنهم غرّبوا .
 وأما حكم العبيد في هذه الفاحشة ، فإن العبيد صنفان : ذكور ، وإناث

أما الإناث فإن العلماء أجمعوا على أن الأمة إذا تزوجت وزنت أن حدها خمسون جلدة لقوله تعالى - فإذا أُوْحِصْنَ فَإِنَّهُنَّ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْنَّ - نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ - واختلفوا إذا لم تزوج ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : حدها خمسون جلدة ؛ وقالت طائفة : لأحد عليها ، وإنما عليها تعزير فقط ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب ؛ وقال قوم ؛ لأحد على الأمة أصلا : والسبب في اختلافهم الاشتراك الذي في اسم الإحصان في قوله تعالى - فإذا أُوْحِصْنَ - فمن فهم من الإحصان الزوج وقال بدليل الخطاب قال : لا تجلد الغير المتزوجة ؛ ومن فهم من الإحصان الإسلام جعله عاما في المتزوجة وغيرها . واحتج من لم ير على غير المتزوجة حداً بحديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن ، فقال « إِنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا ثُمَّ إِنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا ثُمَّ يَبْعُوهَا وَأَوْ يَضَعُوهَا » : وأما الذكور من العبيد ، ففقهاء الأمصار على أن جلد العبد نصف حد الحر قياسا على الأمة ؛ وقال أهل الظاهر : بلل حده مائة جلدة مصيرا إلى عموم قوله تعالى - فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة - ولم يخص حرا من عبد : ومن الناس من درأ الحد عنه قياسا على الأمة وهو شاذ : وروى عن ابن عباس . فهذا هو القول في أصناف الحدود وأصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد في واحد واحد منهم ، ويتعلق بهذا القول في كيفية الحدود ، وفي وقتها : فأما كيفية فن مشهور المسائل الواقعة في هذا الجنس اختلافهم في الحفر للمرجوم ، فقالت طائفة : يحفره ، وروى ذلك عن علي في شراحة الهمدانية حين أمر برجمها ، وبه قال أبو ثور ، وفيه « فلما كان يوم الجمعة أخرجها فحفر لها حفرة فأدخلت فيها وأحرق الناس بها يرمونها ، فقال : ليس هكذا الرجم إلى أخاف أن يصيب بعضكم بعضا ، ولكن صفوا كما تصفون في الصلاة ، ثم قال : الرجم رجمان : رجم سر ورجم علانية ، فما كان منه بإقرار فأول من يرمي الإمام ثم الناس ، وما كان ببينة فأول من يرمي البينة ثم الإمام ثم الناس : وقال مالك وأبو حنيفة : لا يحفر للمرجوم ، وخير في ذلك الشافعي ؛ وقيل عنه : يحفر للمرأة فقط : وعندهم ما خرج البخاري ومسلم من حديث جابر ، قال جابر : فرجته بالمصلي ، فلما أذلقته

الحجارة قرّ ، فأدركناه بالخرة فرضخناه ، وقد روى مسلم أنه حفر له في اليوم الرابع حفر . وبالحملة فالأحاديث في ذلك مختلفة . قال أحمد : أكثر الأحاديث على أن لا حفر ؛ وقال مالك : يضرب في الحدود الظهر وما يقاربه ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : يضرب سائر الأعضاء ويتقى الفرج والوجه ؛ وزاد أبو حنيفة الرأس ؛ ويجرد الرجل عند مالك في ضرب الحدود كلها ، وعند الشافعي وأبي حنيفة ماعدا القذف على ما سيأتي بعد ؛ ويضرب عند الجمهور قاعدة ولا يقام قائما خلافا لمن قال : إنه يقام لظاهر الآية ، ويستحب عند الجميع أن يحضر الإمام عند إقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى (وَأَيُّ شَهَدَ عَلَيْهِمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ) . واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة ، فقال مالك : أربعة ، وقيل ثلاثة ، وقيل اثنان ، وقيل سبعة ، وقيل ما فوقها . وأما الوقت ، فإن الجمهور على أنه لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد ، ولا يقام على المريض ؛ وقال قوم : يقام ، وبه قال أحمد وإسحاق ، واحتجوا بحديث عمر أنه أقام الحد على قدامة وهو مريض . وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد ، وهو أن يقام حيث لا يغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود ؛ فمن نظر إلى الأمر بإقامة الحدود مطلقا من غير استثناء قال : يحمد المريض ؛ ومن نظر إلى المفهوم من الحد قال : لا يحمد المريض حتى يبرأ ، وكذلك الأمر في شدة الحر والبرد ؛

الباب الثالث وهو معرفة ما ثبتت به هذه الفاحشة

وأجمع العلماء على أن الزنى يثبت بالإقرار وبالشهادة . واختلفوا في ثبوته بظهور الحمل في النساء الغير المزوجات إذا ادعين الاستكراه . وكذلك اختلفوا في شروط الإقرار وشروط الشهادة . فأما الإقرار فإنهم اختلفوا فيه في موضعين : أحدهما عدد مرات الإقرار الذي يلزم به الحد . والموضع الثاني هل من شرطه أن لا يرجع عن الإقرار حتى يقام عليه الحد ؟ أما عدد الإقرار الذي يجب به الحد ، فإن مالكا والشافعي يقولان : يكفي في وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة ، وبه قال داود وأبو ثور والطبري وبخاعة ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى : لا يجب الحد إلا بأقارب أربعة مرة بعد مرة ،

جوابه قال أحمد وإسحاق ، وزاد أبو حنيفة وأصحابه : في مجالس متفرقة . وعمدة مالك والشافعي ما جاء في حديث أبي هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه الصلاة والسلام « اغد يا أنيس على امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها » فاعترفت فرجمها » ولم يذكر عددا . وعمدة الكوفيين ما ورد من حديث سعيد بن جبيرة عن ابن عباس عن النبي عليه الصلاة والسلام « أنه رد ما عزا حتى أقرأ أربع مرات ثم أمر برجمه » وفي غيره من الأحاديث قالوا : وما ورد في بعض الروايات أنه أقر مرة ومرتين وثلاثا تقصير ، ومن قصر فليس بحجة على من حفظ .

(وأما المسئلة الثانية) وهي من اعترف بالزنى ثم رجع ، فقال جمهور العلماء بقبول رجوعه ، إلا ابن أبي ليلى وعثمان البتي ، وفصل مالك فقال : إن رجع إلى شبهة قبيل رجوعه : وأما إن رجع إلى غير شبهة فعنه في ذلك روايتان : أحدهما يقبل وهي الرواية المشهورة : والثانية لا يقبل رجوعه ، وإنما صار بالجمهور إلى تأثير الرجوع في الإقرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ما عزا وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع ، ولذلك لا يجب على من أوجب سقوط الحد بالرجوع أن يكون التماس على الإقرار شرطا من شروط الحد . وقد روي عن طريق « أن ما عزا لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه » فقال لهم : ودوني إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فقتلوه رجما وذكروا ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فقال : هَلَا تَرَ كُتُبَهُ لَعَلَّه يُتُوبُ فَيَتُوبَ اللَّهُ عَلَيْهِ » ومن هنا تعلق الشافعي بأن التوبة تسقط الحدود ، والجمهور على خلافه ، وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطا ثالثا في وجوب الحد . وأما ثبوت الزنى بالشهود فإن العلماء اتفقوا على أنه يثبت الزنى بالشهود ، وأن العدد المشترط في الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى - « ثُمَّ كُنَّ بَارِئَةً مُّشْهَدًا » - وأن من صفتهم أن يكونوا عدولا ، وأن من شرط هذه الشهادة أن تكون بمعاينة فرجه في فرجها ، وأنها تكون بالتصريح لا بالكناية ، وجمهورهم على أن من شرط هذه الشهادة أن لا تختلف لافي زمان ولا في مكان إلا ما حكى عن أبي حنيفة عن مسئلة الزوايا المشهورة ، وهو أن يشهد كل واحد من الأربعة أنه رآها في ركن من البيت يطؤها غير الركن الذي رآه فيه الآخر . وسبب الخلاف محل تلفق الشهادة المختلفة بالمكان أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان ؟ فلهذا

أجمعوا على أنها لا تلتفق ، والمكان أشبه شيء بالزمان . والظاهر من الشرع قصده إلى التوثق في ثبوت هذا الحد أكثر منه في سائر الحدود . وأما اختلافهم في إقامة الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه ، فإن طائفة أوجبته فيه الحد على ما ذكره مالك في الموطأ من حديث عمر ، وبه قال مالك ، إلا أن تكون جاءت بأمرة على استكراها ، مثل أن تكون بكراً فتأتى وهي تدمى ، أو تفضح نفسها بأثر الاستكراه ، وكذلك عنده الأمر إذا ادعت الزوجية إلا أن تقيم البينة على ذلك ، ما عدا الطارئة ، فإن ابن القاسم قال : إذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يقيم عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجية ، وإن لم تأت في دعوى الاستكراه بأمرة ، ولا في دعوى الزوجية ببينة لأنها بمنزلة من أقر ثم ادعى الاستكراه . ومن الحمجة لهم ما جاء في حديث شراحة أن عليه رضي الله عنه قال لها : استكرهت ؟ قالت : لا . قال : ففعل رجلاً أذاك في نومك . قالوا : وروى الأئمة عن عمر أنه قيل قول امرأة دعت أنها ثقيلة النوم وإن رجلاً طرقتها فضى عنها ولم تدر من هو بعد . ولا خلاف بين أهل الإسلام أن المستكرهة لأحد عليها ، وإنما اختلفوا في وجوب الصداق لها . وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أو هو نحلة ؟ فمن قال عوض عن البضع أوجبه في البضع في الحلية والحرمية ؛ ومن قال إنه نحلة خص الله به الأزواج لم يوجبه . وهذا الأصل كاف في هذا الكتاب ، والله الموفق للصواب .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

كتاب القذف

والنظر في هذا الكتاب : في القذف ، والقاذف ، والمقذوف ، وفي العقوبة الواجبة فيه ، وبماذا تثبت . والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى - وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ - الآية . فأما القاذف فلأنهم اتفقوا على أن من شرطه وصفين : وهما البلوغ والعقل ، وسواء كان كان ذكراً أو أنثى ، حراً أو عبداً ، مسلماً أو غير مسلم . وأما المقذوف فاتفقوا

على أن من شرطه أن يجتمع فيه خمسة أوصاف وهى البلوغ والحرية والعفاف والإسلام ، وأن يكون معه آلة ازنى ، فإن انخرم من هذه الأوصاف وصف لم يجب الحد ، والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية فى المقدوف ، ويحتمل أن يدخل فى ذلك خلاف ، ومالك يعتبر فى سن المرأة أن تطبق الوطاء . وأما القذف الذى يجب به الحد ، فانفقوا على وجهين : أحدهما أن يرمى القاذف المقدوف بالزنى ، والثانى أن ينفيه عن نسبه إذا كانت أمه حرة مسلمة . واختلفوا إن كانت كافرة أو أمة ، فقال مالك : سواء كانت حرة أو أمة أو مسلمة أو كافرة يجب الحد . وقال إبراهيم النخعى : لأحد عليه إذا كانت أم المقدوف أمة أو كتابية ، وهو قياس قول الشافعى وأبى حنيفة . وانفقوا أن القذف إذا كان بهذين المعنيين أنه إذا كان بلفظ صريح وجب الحد ، واختلفوا إن كان بتعريض ، فقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى : لأحد فى التعريض ، إلا أن أباحنيفة والشافعى يريان فيه التعزير ، ومن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود ؛ وقال مالك وأصحابه : فى التعريض الحد ، وهى مسألة وقعت فى زمان عمر ، فشاور عمر فيها الصحابة ، فاختلفوا فيها عليه ، فرأى عمر فيها الحد : وعمدة مالك أن الكناية قد تقوم بعرف العادة ، والاستعمال مقام النص الصريح ، وإن كان اللفظ فيها مستعملا فى غير موضعه . أعنى مقولا بالاستعارة . وعمدة الجمهور أن الاحتمال الذى فى الاسم المستعار شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات ، والحق أن الكناية قد تقوم فى مواضع مقام النص ، وقد تضعف فى مواضع ، وذلك أنه إذا لم يكثر الاستعمال لها والذى يندرى به الحد عن القاذف أن يثبت زنى المقدوف بأربعة شهود باجماع والشهود عند مالك إذا كانوا أقل من أربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة ، وإنما اختلف المذهب فى الشهود الذين يشهدون على شهود الأصل : والسبب فى اختلافهم أهل يشترط فى نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الأصل أم يكفى فى ذلك اثنان على الأصل المعتبر فيما سوى القذف إذ كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد : وأما الحد فالنظر فيه فى جنسه وتوقيته ومسقطه أما جنسه ، فلمهم اتفقوا على أنه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى - ثمانين جلدة - : واختلفوا فى العبد يقذف الحر : كم حده ؟ فقال الجمهور من فقهاء

الأمصار حده نصف حد الحر ، وذلك أربعون جلدة ، وروى ذلك عن الخلفاء الأربعة ، وعن ابن عباس : وقالت طائفة : حده حد الحر ، وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الأمصار : أبو ثور والأوزاعي وداود وأصحابه من أهل الظاهر . فعمدة الجمهور قياس حده في القذف على حده في الزنى . وأما أهل الظاهر فتمسكوا في ذلك بالعموم لما أجمعوا أيضا أن حد الكتاني ثمانون ، فكان العبد أحرى بذلك . وأما التوقيت فلأنهم اتفقوا على أنه إذا قذف شخصا واحدا مرارا كثيرة ، فعليه حد واحد إذا لم يحد بواحد منها ، وأنه إن قذف فحد ثم قذفه ثانية حد ثانيا واختلفوا إذا قذف جماعة ، فقالت طائفة : ليس عليه إلا حد واحد جمعهم في القذف أو فرقه ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة وقال قوم : بل عليه لكل واحد حد ، وبه قال الشافعي والليث وجماعة حتى روى عن الحسن بن حيي إنه قال : إن قال إنسان : من دخل هذه الدار فهو زان بجلد الحد لكل من دخلها ، وقالت طائفة إن جمعهم في كلمة واحدة مثل أن يقول لهم يا زناة فحد واحد ، وإن قال لكل واحد منهم يا زاني فعليه لكل إنسان منهم حد . فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة إلا حدا واحدا حديث أنس وغيره أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سماء ، فرفع ذلك إلى النبي عليه الصلاة والسلام فلاعن بينهما ولم يحد له لشريك ، وذلك لاجتماع من أهل العلم فيمن قذف زوجته برجل . وعمدة من رأى أن الحد لكل واحد منهم أنه حق للأدمين ، وأنه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد . وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة أو كلمات أو في مجامع واحد أو في مجالس ، فلائنه رأى أنه واجب أن يتعدد الحد بتعدد القذف ، لأنه إذا اجتمع تعدد المقذوف وتعدد القذف كان أوجب أن يتعدد الحد . وأما سقوطه فلأنهم اختلفوا في سقوطه بعفو القاذف ، فقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي : لا يصح العفو : أى لا يسقط الحد ؛ وقال الشافعي : يصح العفو : أى يسقط الحد بلغ الإمام أو لم يبلغ ؛ وقال قوم : إن بلغ الإمام لم يجز العفو ؛ وإن لم يبلغه جاز العفو . واختلف قول مالك في ذلك ، فرة قال بقول الشافعي مرة قال : يجوز إذا لم يبلغ الإمام ، وإن بلغ لم يجز إلا أن يريد بذلك المقذوف

الستر على نفسه ، وهو المشهور عنه . والسبب في اختلافهم هل هو حق لله ، أو حق للآدميين ، أو حق لكليهما ؟ فن قال خق لله لم يجز العفو كالزنى ؛ ومن قال قال حق للآدميين أجاز العفو ؛ ومن قال لكليهما وغلّب حق الإمام إذا وصل إليه قال بالفرق بين أن يصل الإمام أو لا يصل ، وقياسا على الأثر الوارد في السرقة . وعمدة من رأى أنه حق للآدميين وهو الأظهر أن المقدوف إذا صدّقه فيما قدّفه به سقط عنه الحد . وأما من يقيم الحد فلا خلاف أن الإمام يقيمه في القذف . واتفقوا على أنه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يتب . واختلفوا إذا تاب ؛ فقال مالك : تجوز شهادته ، وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة : لا تجوز شهادته أبداً . والسبب في اختلافهم هل الاستثناء يعود إلى الجملة للمقدمة أو يعود إلى أقرب مذكور ، وذلك في قوله تعالى - ولا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا - فن قال يعود إلى أقرب مذكور قال : التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ؛ ومن رأى أن الاستثناء يتناول الأمرين جميعا قال : التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة . وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب في الشرع : أى خارج عن الأصول ، لأن الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة . واتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد . وأما بماذا يثبت ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يثبت بشاهدين عدلين حرين ذكرين . واختلف في مذهب مالك : هل يثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء ؟ وهل تلزم في الدعوى فيه يمين ؟ وإن نكل فهل يحسد بالنكول ويمين المدعى ؟ فهذه هي أصول هذا الباب التي تبنى عليه فروعه . قال القاضي : وإن أنسا الله في العمر فسنضع كتابا في الفروع على مذهب مالك بن أنس مرتبا ترتيبا صناعيا ، إذ كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة ، التي هي جزيرة الأندلس حتى يكون به القارئ مجتهدا في مذهب مالك ، لأن إحصاء جميع الروايات عنلى شيء ينقطع العمر دونه .

باب في شرب الخمر

والكلام في هذه الحناية : في الموجب ، والواجب ، وبماذا تثبت هذه الحناية ؟ فأما الموجب ، فاتفقوا على أنه شرب الخمر دون إكراه قليلها وكثيرها

واختلفوا في المسكرات من غيرها ؛ فقال أهل الحجاز : حكمها حكم الخمر في تحريمها وإيجاب الحد على من شربها قليلا كان أو كثيرا أو لم يسكر ؛ وقال أهل العراق : المحرم منها هو السكر ، وهو الذي يوجب الحد . وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين في كتاب الأطعمة والأشربة . وأما الواجب فهو الحد والتفسيق إلا أن تكون التوبة ، والتفسيق في شارب الخمر باتفاق وإن لم يبلغ حد السكر ، وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر . واختلف الذين رأوا تحريم قليل الأنبذة في وجوب الحد ، وأكثر هؤلاء على وجوبه ، إلا أنهم اختلفوا في مقدار الحد الواجب ؛ فقال الجمهور : الحد في ذلك ثمانون ؛ وقال الشافعي وأبو ثور وداود : الحد في ذلك أربعون ، هذا في حد الحر . وأما حد العبد فاختلفوا فيه ؛ فقال الجمهور : هو على النصف من حد الحر ؛ وقال أهل الظاهر : حد الحر والعبد سواء ، وهو أربعون ؛ وعند الشافعي عشرون ؛ وعند من قال ثمانون أربعون . فعمدة الجمهور تشاور عمر والبصينة لما كثر في زمانه شرب الخمر ، وإشارة على عليه بأن يجعل الحد ثمانين قياسا على حد الفرية ، فإنه كما قيل عنه رضى الله عنه « إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى » وعمدة الفريق الثاني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحد في ذلك حدا ، وإنما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربا غير محدود ، وأن أبا بكر رضى الله عنه شاور أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشرب الخمر ؟ فمقدروه بأربعين . وروى عن أبي سعيد الخدري « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بنغلين أربعين » فجعل عمر مكان كل نعل سوطا . وروى من طريق آخر عن أبي سعيد الخدري ما هو أثبت من هذا ، وهو « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر أربعين » وروى هذا عن علي عن النبي عليه الصلاة والسلام من طريق أثبت ، وبه قال الشافعي . وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الإمام يقيمه ، وكذلك الأمر في سائر الحدود واختلفوا في إقامة السادات الحدود على عبيدهم ، فقال مالك : يقيم السيد على عبده حد الزنى وحدهم القذف إذا شهد عنده الشهود ، ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ، ولا يقطع في السرقة إلا الإمام ، وبه قال الليث ، وقال أبو حنيفة : لا يقيم الحدود على

لعبيد إلا الإمام ؛ وقال الشافعي : يقيم السيد على عبده جميع الخلود ، وهو قول أحمد وإسحاق وأبي ثور . فعمدة مالك الحديث المشهور « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن فقال : إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها » وقوله عليه الصلاة والسلام « إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها » . وأما الشافعي فاعتمد مع هذه الأحاديث ما روى عنه صلى الله عليه وسلم من حديث عنه أنه قال « أقيموا الخدود على ما كانت أئمتناكم » ولأنه أيضا مروي عن حمادة من الصحابة ولا مخالف لهم ، منهم ابن عمرو وابن مسعود وأنس . وعمدة أبي حنيفة الإجماع على أن الأصل في إقامة الخلود هو السلطان . وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم أنهم قالوا : الجمعة والزكاة والىء والحكم إلى السلطان .

(فصل) وأما بماذا يثبت هذا الحد ، فاتفق العلماء على أنه يثبت بالإقرار وبشهادة عدلين . واختلفوا في ثبوته بالرائحة ، فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز : يجب الحد بالرائحة إذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان ، وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا : لا يثبت الحد بالرائحة ؛ فعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها بالشهادة على الصوت والخط . وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح ، والحد يدرك بالشبهة .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب السرقة

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة ، وفي شروط المسروق الذي يجب به الحد ، وفي صفات السارق الذي يجب عليه الحد ، وفي العقوبة ، وفيما تثبت به هذه الجناية ؛ فأما السرقة ، فهي أخذ مال الغير مستترا من غير أن يؤتمن عليه ، وإنما قلنا هذا لأنهم أجمعوا أنه ليس في الخيانة ولا في الاختلاس قطع إلا لياس بن معاوية ، فإنه أوجب في الخلسة القطع ، وذلك مروي عن النبي ، عليه الصلاة والسلام . وأوجب أيضا قوم القطع على من استعار حليا أو متاعا

ثم جعده لمكان حديث المرأة الخزومية المشهور « أنها كانت تستعير الخلي ، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها بلوضع جمحودها » وبه قال أحمد وإسحاق والحديث حديث عائشة قالت « كانت امرأة خزومية تستعير المتاع ونجعه ، فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بقطع يدها ، فأنى أسامة أهلها فكلموه ، فكلم أسامة النبي عليه الصلاة والسلام ، فقال النبي عليه الصلاة والسلام : يا أسامة لا أراك تشكك في حديث من حُدود الله ، ثم قام النبي عليه الصلاة والسلام خطيباً فقال : « لا تمأأهاتك من كان قبلكم أنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه ، والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت عنقها » وورد الجمهور هذا الحديث لأنه مخالف للأصول ، وذلك أن المعار مأمون وأنه لم يأخذ بغير إذن فضلاً أن يأخذ من حرز ، قالوا : وفي الحديث حذف ، وهو أنها سرت مع أنها جحدت ، ويدل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « إنما أهلك من كان قبلكم أنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه » قالوا : وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهري بإسناده ، فقال فيه : إن الخزومية سرت ، قالوا : وهذا يدل على أنها فعلت الأمرين جميعاً الجحد والسرقة . وكذلك أجمعوا على أنه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع إلا أن يكون قاطع طريق شاهراً للسلاح على المسلمين مخيفاً للسبيل ، فحكمه حكم المحارب على ما سيأتى في حد المحارب . وأما للسارق الذي يجب عليه حد السرقة ، فإنهم اتفقوا على أن من شرطه أن يكون مكلفاً ، وسواء كان حراً أو عبداً ، ذكراً أو أنثى ، أو مسلماً ، أو ذمياً ، إلا ما روى في الصمد الأول من الخلاف في قطع يد العبد الآبق إذا سرق ، وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان وروان وعمر ابن عبد العزيز ، ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم ؛ فن رأى أن الإجماع يعتقد بعد وجود الخلاف في العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ، ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الأمر بالقطع ، ولا عبرة لمن لم ير القطع على العبد الآبق إلا تشبيهه بسقوط الحد عنه بسقوط شطره ، أعني الحدود التي تشترط في حق العبيد ، وهو تشبيهه بضعيف . وأما المسروق فإن له شرائط مختلفة فيها ؛ فن

أظهرها اشتراط النصاب ، وذلك أن الجمهور على اشتراطه ، إلا ما روى عن الحسن البصري أنه قال : القطع في قليل المسروق وكثيره ، لعموم قوله تعالى - والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما - الآية . وربما احتجوا بحديث أبي هريرة خرج به البخاري ومسلم عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : لَعَنَ اللَّهُ السَّارِقَ يَسْرِقُ الْبَيْضَةَ فَتُقَطَّعُ يَدُهُ ، وَيَسْرِقُ الْحَبْلَ فَتُقَطَّعُ يَدُهُ ، وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين . والذين قالوا باشتراط النصاب في وجوب القطع وهم الجمهور اختلفوا في قدره اختلافا كثيرا ، إلا أن الاختلاف المشهور من ذلك الذي يستند إلى أدلة ثابتة ، وهو قولان : أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعي وغيرهم . والثاني قول فقهاء العراق . أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة ، وربع دينار من الذهب . واختلفوا فيما تقوم به سائر الأشياء المسروقة بما عدا الذهب والفضة ، فقال مالك في المشهور : تقوم بالدراهم لا بالربع دينار ، أعنى إذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف ، مثل أن يكون الربع دينار في وقت درهمين ونصفا ، وقال الشافعي : الأصل في تقويم الأشياء هو الربع دينار ، وهو الأصل أيضا للدراهم فلا يقطع عنده في الثلاثة دراهم إلا أن تساوى ربع دينار . وأما مالك فالدنانير والدراهم عند كل واحد منهما معتبر بنفسه . وقد روى بعض البغداديين عنه أنه ينظر في تقويم العروض إلى الغالب في نقود أهل ذلك البلد ، فإن كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم ، وإن كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار ، وأظن أن في المذهب من يقوله إن الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم ، ويقول الشافعي في التقويم قال أبو ثور والأوزاعي وداود ، ويقول مالك المشهور قال أحمد : أعنى بالتقويم بالدراهم . وأما فقهاء العراق فالنصاب الذي يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم لا يجب في أقل منه . وقد قال جماعة منهم ابن أبي ليلى وابن شبرمة : لا تقطع اليد في أقل من خمسة دراهم ، وقد قيل في أربعة دراهم ، وقال عثمان البتي : في درهمين . فعمدة فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام قطع في جبن قيمته ثلاثة دراهم ، وحديث عائشة أوقفه مالك وأسند البخاري ومسلم إلى النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : تُقَطَّعُ

الْيَدُ فِي رُبْعٍ دِينَارٍ فَصَاعِدًا . وأما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور ، قالوا : . ولكن قيمة الخين هو عشرة دراهم وروى ذلك في أجاديث . وقد خالف ابن عمر في قيمة الخين من الصحابة كثير ممن رأى القطع في الخين كتابين عباس وغيره . وقد روى محمد بن إسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال : . كان ثمن الخين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم : قالوا : وإذا وجد الخلاف في ثمن الخين وجب أن لا تقطع اليد إلا بيقين ، وهذا الذي قالوه هو كلام حسن أولا حديث عائشة ، وهو الذي اعتمده الشافعي في هذه المسئلة . وجعل الأصملي هو الربع دينار . وأما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذي رواه ، وهو أنه قطع في أترجة قومت بثلاثة دراهم ، والشافعي يعتذر عن حديث عثمان من قبل أن يصرف كان عندهم في ذلك الوقت اثنا عشر درهما والقطع في ثلاثة دراهم أحفظ للأموال ، والقطع في عشرة دراهم أدخل في باب التجاوز والصفح عن يسير المال وشرف العضو ، والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعي وغير ممكن على مذهب غيره ، فإن كان الجمع أولى من الترجيح فذهب الشافعي أولى المذاهب ، فهذا هو أحد الشروط المشتركة في القطع . واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو إذا سرق الجماعة ما يجب فيه القطع ، أعني نصابا دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصابا ، وذلك بأن يخرجوا النصاب من الخرز معا ، مثل أن يكون عدلا أو صندوقا يساوي النصاب ؛ فقال مالك : يقطعون جميعا ، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة : لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذته كل واحد منهم نصابا ؛ فمن قطع الجميع رأى العقوبة إنما تتعلق بقدر مال المسروق : أي . أن هذا القدر من المال المسروق هو الذي يوجب القطع لحفظ المال ؛ ومن رأى أن القطع إنما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال : لا تقطع أيدي كثيرة فيما أوجب فيه الشرع قطع يد واحدة . واختلفوا متى يقدر المسروق ؛ فقال مالك : يو السرق ؛ قال أبو حنيفة : يوم الحكم عليه بالقطع . وأما الشرط الثاني في وجوب هذا الحد فهو الخرز ، وذلك أن

(١) هكذا هذه العبارة بجميع الأصول ، ولينظر ما معناها في مصححه .

جميع فقهاء الأمصار الذين تلوز عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط
الحرز في وجوب القطع ، وإن كان قد اختلفوا فيها هو حرز مما ليس بحرز :
والأشبه أن يقال في حد الحرز إنه ما شأنه أن تحفظ به الأموال كي يعسر
أخذها مثل الأغلاق والحظائر وما أشبه ذلك ، وفي الفعل الذي إذا فعله السارق
انصف بالإخراج من الحرز على ما سذكروه بعد ؛ ومن ذهب إلى هذا مالك
وأبو حنيفة والشافعي والثوري وأصحابهم ؛ وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل
الحديث : القطع على من سرق انصباب وإن سرقه من غير حرز . فعمد
الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة
والسلام أنه قال « لا قَطْعُ في ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ ولا في حَرِيَسَةِ جَبَلٍ » ، فإذا
أَوَاهُ المُرَّاحُ أو الجَرَيْنُ فالقَطْعُ فيما يَلْغُ ثَمَنُ المِجَنِّ ومرسل مالك
أيضا عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين المكي بمعنى حديث عمرو بن
شعيب . وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى - والسارق والسارقة فاقطعوا
أيديهما - الآية . قالوا : فوجب أن تحمل الآية على عمومها ، إلا ما خصصته
السنة الثابتة من ذلك ، وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذي يقطع فيه من
الذي لا يقطع فيه . وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع
في أحاديث عمرو بن شعيب : وقال أبو عمر بن عبد البر : أحاديث عمرو
ابن شعيب العمل بها واجب إذا رواها الثقات : وأما الحرز عند الذين أوجبوه
فلأنهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا في أشياء ، مثل اتفاقهم على أن باب البيت
وغلقه حرز ، واختلفهم في الأوعية . ومثل اتفاقهم على أن من سرق من
بيت دار غير مشتركة السكنى أنه لا يقطع حتى يُخْرَجَ من الدار ، واختلفهم
في الدار المشتركة ، فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز : تقطع يده إذا
أُخرج من البيت ؛ وقال أبو يوسف ومحمد : لا قطع عليه إلا إذا أُخرج من
الدار . ومنها اختلافهم في القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش ،
أو ليس بحرز ؟ فقال مالك والشافعي وأحمد وجماعة : هو حرز ، وعلى النباش
القطع ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ؛ وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه ،
وكل ذلك قال سفيان الثوري ، وروى ذلك عن زيد بن ثابت : والحرز عند

مالك بالحملة هوكل شيء جرت العادة يحفظ ذلك الشيء المسروق فيه ،
 فرباط الدواب عنده أحرار ، وكذلك الأوعية ، وما على الإنسان من اللباس ،
 فالإنسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده . وإذا توسد النائم شيئا فهو له حرز
 على ما جاء في حديث صفوان بن أمية وسيأتي بعد ، وما أخذه من المنتبه فهو
 اختلاس : ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبي من الحلى أو غيره .
 إلا أن يكون معه حافظ يحفظه ، ومن سرق من الكعبة شيئا لم يقطع عنده ،
 وكذلك من المساجد ، وقد قيل في المذهب إنه إن سرق منها ليلا قطع .
 وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس بحرز . واتفق القائلون بالحرز
 على أن كل من سُمي بخرج الشيء من حرزه وجب عليه القطع ، وسواء كان
 داخل الحرز أو خارجه . وإذا ترددت التسمية وقع الخلاف ، مثل اختلاف
 المذهب إذا كان سارقان : أحدهما داخل البيت ، والآخر خارجه ، فقرب
 أحدهما المتاع المسروق إلى ثقب في البيت فتناوله الآخر ، فقيل القطع على
 الخارج المتناول له ؛ وقيل : لا قطع على واحد منهما ؛ وقيل القطع على المقرب
 للمتاع من الثقب . والخلاف في هذا كله آيل إلى انطلاق اسم المخرج من الحرز
 عليه أو لانطلاقه . فهذا هو القول في الحرز واشتراطه في وجوب القطع ،
 ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم أخذه خارج الحرز قطع ، وقد توقف
 مالك فيه إذا أخذ بعد رمية وقبل أن يخرج ، وقال ابن القاسم : يقطع .

(فصل) وأما جنس المسروق ، فإن العلماء اتفقوا على أن كل متملك غير
 ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه ، فإنه يجب في سرقة القطع ما عدا الأشياء
 الرطبة المأكولة ، والأشياء التي أصلها مباحة فإنهم اختلفوا في ذلك ، فذهب
 الجمهور إلى أن القطع في كل مضمون يجوز بيعه وأخذ العوض فيه ؛ وقال
 أبو حنيفة : لا قطع في الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والحطب والحشيش .
 فعلمة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة في اشتراط
 النصاب : وعمدة أبي حنيفة في منعه القطع في الطعام الرطب قوله عليه الصلاة
 والسلام « لا قطع في ثمر ولا كثر » وذلك أن هذا الحديث روى هكذا
 مطلقا من غير زيادة : وعمدته أيضا في منع القطع فيما أصله مباح الشبهة التي
 فيه لكل مالك ، وذلك أنهم اتفقوا على أن من شرط المسروق الذي يجب فيه

القطع أن لا يكون للشارق فيه شبهة ملك . واختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحد مما ليس بشبهة ، وهذا هو أيضا أحد الشروط المشترطة في المسروق هو في ثلاثة مواضع : في جنسه ، وقدره ، وشروطه ، وستأتى هذم المشئلة فيما بعد . واختلفوا من هذا الباب ، أعنى من النظر في جنس المسروق في المصحف ، فقال مالك والشافعي : يقطع سارقه ؛ وقال أبو حنيفة : لا يقطع ، ولعل هذا من أبي حنيفة بناء على أنه لا يجوز بيعه ، أو أن لكل أحد فيه حقا إذ ليس بمال . واختلفوا من هذا الباب فيمن سرق صغيرا مملوكا أعجميا ممن لا يفقه ولا يعقل الكلام ، فقال الجمهور : يقطع . وأما إن كان كبيرا يفقه فقال مالك : يقطع ؛ وقال أبو حنيفة : لا يقطع . واختلفوا في الحر الصغير ، فعند مالك أن سارقه يقطع ؛ ولا يقطع عند أبي حنيفة . وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك : واتفقوا كما قلنا أن شبهة الملك القوية تدرأ هذا الحد . واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ من ذلك مما لا يدرأ منها ، فنها العبد يسرق مال سيده ؛ فإن الجمهور من العلماء على أنه لا يقطع ؛ وقال أبو ثور : يقطع ولم يشترط شرطا ؛ وقال أهل الظاهر : يقطع إلا أن يأتيه سيده . واشترط مالك في الخادم الذي يجب أن يدرأ عنه الحد أن يكون يلي الخدمة لسيده بنفسه ؛ والشافعي مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه . وبدء الحد قال عمر رضى الله عنه وابن مسعود ولا يخالف لهما من الصحابة . ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر ، فقال مالك : إذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه ؛ وقال الشافعي : الاحتياط أن لا قطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال ، وقد روى عنه مثل قول مالك ، واختاره المزني . ومنها القربات ، فلذهب مالك فيها أن لا يقطع الأب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » . ويقطع ما سواهم من القربات ؛ وقال الشافعي : لا يقطع عمود النسب الأعلى والأسفل : يعنى الأب والأجداد والأبناء وأبناء الأبناء ؛ وقال أبو حنيفة : لا يقطع ذو الرحم المحرمة ، وقال أبو ثور : تقطع يد كل من سرق إلا ما خصصه الإجماع . ومنها اختلافهم فيمن سرق من الغنم أو من بيت المال ؛ فقال مالك : يقطع ؛ وقال عبد الملك من أصحابه : لا يقطع . فهذا هو القول في الأشياء التي يجب بها ما يجب في هذه الجنات .

القول في الواجب

وأما الواجب في هذه الجناية إذا وجدت بالصفات التي ذكرنا ، أعني الموجودة في السارق وفي الشيء المسروق وفي صفة السرقة ، فإنهم اتفقوا على أن الواجب فيه القطع من حيث هي جنائية ، والغرم إذا لم يجب القطع . واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع ؟ فقال قوم : عليه الغرم مع القطع ، وبه قال الشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة ؛ وقال قوم : ليس عليه غرم إذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه ، ومن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة ؛ وفرق مالك وأصحابه فقال : إن كان موسرا أتبع السارق بقيمة المسروق ، وإن كان معسرا لم يتبع به إذا أثرى ، واشترط مالك دوام اليسر إلى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم . فعمدة من جمع بين الأمرين أنه اجتمع في السرقة حقان : حق لله ، وحق للآدمي ، فاقضى كل حق موجه ، وأيضا فإنهم لما أجمعوا على أخذه منه إذا وجد بعينه لزم إذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون في ضمانه قياسا على سائر الأموال الواجبة . وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يَغْرَمُ السَّارِقُ إِذَا أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ » وهذا الحديث من علف عند أهل الحديث . قال أبو عمر : لأنه عندهم مقطوع ، قال : وقد وصله بعضهم وخزجه النسائي . والكوفيون يقولون : إن اجتماع حقين في حق واحد مخالف للأصول ، ويقولون إن القطع هو بدل من الغرم ، ومن هنا يرون أنه إذا سرق شيئا مما فقطع فيه ثم سرقة ثانيا أنه لا يقطع فيه . وأما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس . وأما القطع فالنظر في محله وفيمن سرق وقد علم المحل . أما محل القطع فهو اليد اليمنى بانفاق من الكوع ، وهو الذي عليه الجمهور ، وقال قوم : الأصابع فقط . فأما إذا سرق من قد قطعت يده اليمنى في السرقة ، فإنهم اختلفوا في ذلك فقال أهل الحجاز والعراق : تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى ؛ وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين : تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ، ولا يقطع منه غير ذلك . واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى ، هل يقف القطع إن سرق ثالثة أم لا ؟ فقال سفيان

وأبو حنيفة : يقف القطع في الرجل ، وإنما عليه في الثالثة الغرم فقط ؛ وقال مالك والشافعي : إن سرق ثلاثة قطعت يده اليسرى ، ثم إن سرق رابعة قطعت رجله اليمنى ، وكلا القولين مروى عن عمر وأبي بكر ، أعنى قول مالك وأبي حنيفة . فعمدة من لم ير إلا قطع اليد قوله تعالى - والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما - ولم يذكر الأرجل إلا في المحاربين فقط . وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بعبد سرق فقطع يده اليمنى » ، ثم الثانية فقطع رجله ، ثم أتى به في الثالثة فقطع يده اليسرى ، ثم أتى به في الرابعة فقطع رجله ، وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله ، وفيه « ثم أخذته الخامسة فقتله » ، إلا أنه منكر عند أهل الحديث ، ويرده قوله عليه للصلاة والسلام « هُنَّ فَوَاحِشٌ وَفِيهِنَّ عُقُوبَةٌ » ، ولم يذكر قتلا . وحديث ابن عباس « أن النبي عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد » وعند مالك أنه يؤدب في الخامسة ، فإذا ذهب محل القطع من غير سرقة بأن كانت اليد شلاء ، فليل في المذهب ينتقل القطع إلى اليد اليسرى ، وقيل إلى الرجل . واختلف في موضع القطع من القدم ، فليل يقطع من المفصل الذي في أصل الساق ، وقيل يدخل الكعبان في القطع ، وقيل لا يدخلان ، وقيل إنها تقطع من المفصل الذي في وسط القدم . واتفقوا على أن لصاحب السرقة أن يعفو عن السارق ما لم يرفع ذلك إلى الإمام لما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « تَعَاَفَوْا الْحُدُودَ بَيْنَكُمْ قَسَا يَسْلَغَنِي مِنْ حَسَدٍ فَقَدْ وَجَبَ » وقوله عليه الصلاة والسلام « لَوْ كَانَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ مُحَمَّدٍ لَأَقْسَمْتُ عَلَيْهَا الْحَدَّ » وقوله لصفوان « هَلَا كَانَ ذَلِكَ قَبِيلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِهِ ؟ » . واختلفوا في السارق يسرق ما يجب فيه القطع فيرفع إلى الإمام وقد وهبه صاحب السرقة ما سرقه ، أو يهبه له بعد الرفع وقيل القطع ؛ فقال مالك والشافعي : عليه الحد ، لأنه قد رفع إلى الإمام ؛ وقال أبو حنيفة وطائفة : لا حد عليه ؛ فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله بن صفوان بن أمية أنه قيل له « إن من لم يهاجر هلك ، فقدم صفوان بن أمية إلى المدينة ، فقام في المسجد وتوسد رداءه

فجاء سارق فأخذ رداءه ، فأخذ صفوان السارق فنجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تقطع يده ، فقال صفوان : لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فهلا قبل أن تأتيني به .

القول فيما تثبت به السرقة

واتفقوا على أن السرقة تثبت بشاهدين عدلين ، وعلى أنها تثبت بإقرار الحريه واختلفوا في إقرار العبد ؛ فقال جمهور فقهاء الأمصار : لإقراره على نفسه موجب لحده ، وليس يوجب عليه غرما ؛ وقال زفر : لا يجب لإقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده لكونه مالا ملولا ، وبه قال شريح والشافعي وقتادة وجماعة ، وإن رجع عن الإقرار إلى شبهة قبل رجوعه . وإن رجع إلى غير شبهة فعن مالك في ذلك روايتان ، هكذا حكى البغداديون عن المذهب ، وللمتأخرين في ذلك تفصيل ليس يلين بهذا الغرض ، وإنما هو لائق بتفريع المذهب .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الحراية

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى - لَمَّا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ - الآية : وذلك أن هذه الآية عند الجمهور هي في المحاربين . وقال بعض الناس : إنما نزلت في النفر الذين ارتدوا في زمان النبي عليه الصلاة والسلام واستاقوا الإبل ، فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم ، والصحيح أنها في المحاربين لقوله تعالى - إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ - وليس عدم القدرة عليهم مشرطة في توبة الكفار فبقى أنها في المحاربين ، والنظر في أصول هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب : أحدها : النظر في الحراية . والثاني : النظر في المحارب ، والثالث : فيما يجب على المحارب . والرابع : في مسقط الواجب عنه وهي التوبة . والخامس : بماذا تثبت هذه الجناية .

الباب الأول في النظر في الحراية

فأما الحراية ، فاتفقوا على أنها لإشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر
واختلفوا فيمن حارب داخل المصر، فقال مالك : داخل المصر وخارجه
سواء ؛ وأشترط الشافعي الشوكة ، وإن كان لم يشترط العدد ، وإنما معنى
الشوكة عنده قوة المغالبة ، ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران ، لأن المغالبة
إنما تتأق بالبعد عن العمران ؛ وكذلك يقول الشافعي : إنه إذا ضعف السلطان
ووجدت المغالبة في المصر كانت محاربة ، وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس ؛
وقال أبو حنيفة : لا تكون المخازبة في المصر .

الباب الثاني في النظر في المحارب

فأما المحارب : فهو كل من كان دمه محقوقا قبل الحراية ، وهو المسلم والذمي .

الباب الثالث فيما يجب على المحارب

وأما ما يجب على المحارب ، فاتفقوا على أنه يجب عليه حق لله وحق للآدميين
واتفقوا على أن حق الله هو القتل والصلب وقطع الأيدي وقطع الأرجل من
مخلاف ، والنفي على ما نص الله تعالى في آية الحراية . واختلفوا في هذه العقوبات
هل هي على التخيير أو مرتبة على قدر جناية المحارب ؛ فقال مالك : إن قتل
فلا بد من قتله ، وليس للإمام تخيير في قطعه ولا في نفيه ، وإنما التخيير في قتله
أو صلبه . وأما إن أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير في نفيه ، وإنما التخيير في قتله
أو صلبه أو قطعه من خلاف . وأما إذا أخاف السبيل فقط فالإمام عنده مخير
في قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه . ومعنى التخيير عنده أن الأمر راجع في ذلك
لإبي اجتهاد الإمام ، فإن كان المحارب ممن له الرأي والتدبير ، فوجه الاجتهاد
قتله أو صلبه ، لأن القطع لا يرفع ضرره . وإن كان لا رأى له وإنما هو ذوقرة
أو بأس قطعه من خلاف . وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ
بأيسر ذلك فيه وهو الضرب والنفي . وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجماعة من
العلماء إلى أن هذه العقوبة هي مرتبة على الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها

عليه ، فلا يقتل من المحاربين إلا من قتل ، ولا يقطع إلا من أخذ المال ، ولا ينزى إلا من لم يأخذ المال ولا قتل ؛ وقال قوم : بل الإمام خير فيهم على الإطلاق ، وسواء قتل أولم يقتل ، أخذ المال أو لم يأخذه . وسبب الخلاف هل حرف « أو » في الآية للتخيير أو للتفصيل على حسب جناباتهم ؟ ومالك حمل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير . واختلفوا في معنى قوله - أويصلبوا - فقال قوم : إنه يصلب حتى يموت جوعا ؛ وقال قوم : بل معنى ذلك أنه يقتل ويصلب معا ، وهؤلاء منهم من قال : يقتل أولا ثم يصلب ، وهو قول أشهب ، وقيل إنه يصلب حيا ثم يقتل في الخشبة ، وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ؛ ومن رأى أنه يقتل أولا ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ؛ ومن رأى أنه يقتل في الخشبة فقال بعضهم : لا يصلب عليه تنكيلا له ، وقيل يقف خلف الخشبة ويصلى عليه ؛ وقال سحنون : إذا قتل في الخشبة أنزل منها وصلى عليه . وهل يعاد إلى الخشبة بعد الصلاة ؟ فيه قولان عنه ؛ وذهب أبو حنيفة وأصحابه أنه لا يبق على الخشبة أكثر من ثلاثة أيام . وأما قوله - أوتقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف - فعناه أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ، ثم إن عاد قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى . واختلف إذا لم تكن له اليمنى ؛ فقال ابن القاسم : تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى ؛ وقال أشهب : تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى . واختلف أيضا في قوله أوينفوا من الأرض ، فقيل إن النفي هو السجن ، وقيل إن النفي هو أن ينزى من بلد إلى بلد فيسجن فيه إلى أن تظهر توبته ، وهو قول ابن القاسم عن مالك ، ويكون بين البلدين محل ما تقصر فيه الصلاة ، والقولان عن مالك ، وبالأول قال أبو حنيفة ؛ وقال ابن الماجشون : معنى النفي هو فرارهم من الإمام لإقامة الحد عليهم ، فلما أن ينزى بعد أن يقدر عليه فلا ؛ وقال الشافعي : أما النفي فغير مقصود ، ولكن إن هربوا شردناهم في البلاد بالاتباع ، وقيل هي عقوبة مقصودة ، فقيل على هذا ينزى ويسجن دائما ، وكلها عن الشافعي ؛ وقيل معنى أوينفوا : أى من أرض الإسلام إلى أرض الحرب . والذي يظهر هو أن النفي قفرهم عن وطنهم لقوله تعالى - وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنْ اقْتُلُوا

أَنْفُسُكُمْ أَوْ اخْرُجُوا مِنْ دِيَارِكُمْ - الآية : فسوى بين النفي والقتل ،
وهى عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل ، وكل ما يقال
فيه سوى هذا فليس معروفاً بالعادة ولا بالعرف .

الباب الرابع فى مسقط الواجب عنه من التوبة

وأما ما يسقط الحق الواجب عليه ، فإن الأصل فيه قوله تعالى - إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ - واختلف من ذلك فى أربعة مواضع :
أحدها : هل تقبل توبته ؟ . والثانى : إن قبلت فما صفة المحارب الذى تقبل
توبته ؟ فإن لأهل العلم فى ذلك قولين : يقول إنه تقبل توبته وهو أشهر لقوله
تعالى - إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ - وقول : إنه لا تقبل توبته ،
قال ذلك من قال إن الآية لم تنزل فى المحاربين . وأما صفة التوبة التى تسقط
الحكم فلإنهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال : أحدها أن توبته تكون بوجهين :
أحدهما أن يترك ما هو عليه وإن لم يأت الإمام ؛ والثانى أن يلحقه سلاحه ويأتى
الإمام طائعا ، وهو مذهب ابن القاسم . والقول الثانى أن توبته إنما تكون بأن
يترك ما هو عليه ويجلس فى موضعه ويظهر بحيرانه ، وإن أتى الإمام قبل أن
تظهر توبته أقام عليه الحد ، وهذا هو قول ابن المنجشون . والقول الثالث
إن توبته إنما تكون بالحجى إلى الإمام ، وإن ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه .
حكما من الأخكام إن أخذ قبل أن يأتى الإمام ، وتحصيل ذلك هو أن توبته
قبل إنها تكون بأن يأتى الإمام قبل أن يقدر عليه ، وقيل إنها إنما تكون إذا
ظهرت توبته قبل القدرة فقط ، وقيل تكون بالأميرين جميعا . وأما صفة المحارب
الذى تقبل توبته ، فلإنهم اختلفوا فيها أيضا على ثلاثة أقوال : أحدها أن يلحق
بدار الحرب . والثانى أن يكون له فئة ، والثالث كيفما كانت له فئة أو لم تكن
لحق بدار الحرب أو لم يلحق . واختلف فى المحارب إذا امتنع فأمنه الإمام
على أن ينزل ، فقيل له الأمان ويسقط عنه الحد الحاربة ، وقيل : لا أمان له لأنه
إنما يؤمن المشرك . وأما ما تسقط عنه التوبة ، فاختلفوا فى ذلك على أربعة
أقوال : أحدها أن التوبة إنما تسقط عنه حد الحاربة فقط ، ويؤخذ بما سوى
ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين ، وهو قول مالك . والقول الثانى إن

التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنى والشراب والقطع في السرقة ، ويتبع بحقوق الناس من الأموال والدماء إلا أن يعفو أولياء المقتول . والثالث أن التوبة ترفع جميع حقوق الله ، ويؤخذ بالدماء وفي الأموال بما وجد يعينه في أيديهم ولا تتبع ذمهم . والقول الرابع إن التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الآدميين من مال ودم إلا ما كان من الأموال قائم العين بيده .

الباب الخامس بماذا تثبت هذه الجناية

وأما بماذا يثبت هذا الحد فبالإقرار والشهادة ، ومالك يقبل شهادة المستلوبين على الذين سلبوهم ، وقال الشافعي : تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم إذا لم يدعوا لأنفسهم ولا لرفقائهم ما لا أخلوه ، وتثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع .

فصل في حكم المحاربين على التأويل

وأما حكم المحاربين على التأويل ، فإن محاربهم الإمام ، فإذا قدر على واحد منهم لم يقتل إلا إذا كانت الحرب قائمة ، فإن مالكا قال : إن للإمام أن يقتله إن رأى ذلك لما يخاف من عونه لأصحابه على المسلمين ، وأما إذا أسربعد انقضاء الحرب ، فإن حكمه حكم البدعي الذي لا يدعوا إلى بدعته ، قيل يستتاب فإن تاب ولا يقتل ، وقيل يستتاب فإن لم يتب يؤدب ولا يقتل ، وأكثر أهل البدع إنما يكفرون بالمال . واختلف قول مالك في التكفير بالمال ومعنى التكفير بالمال : أنهم لا يصرحون بقول هو كفر ، ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يستقدون ذلك اللزوم . وأما ما يلزم هؤلاء من الحقوق إذا ظفروهم ، فحكمهم إذا تابوا أن لا يقيم عليهم حد الحرابة ، ولا يؤخذ منهم ما أخلوا من المال إلا أن يوجد بيده فيرد إلى ربه . وإنما اختلفوا هل يقتل قضاصا بمن قتل ؟ فقيل يقتل وهو قول عطاء وأصبغ ، وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك : لا يقتل ، وبه قال الجمهور ، لأن كل من قاتل على التأويل فليس بكافريته ، أصله قتال الصحابة ، وكذلك الكافر بالحقيقة هو المكذب لا المتأول .

باب في حكم المرتد

والمرتد إذا ظفر به قبل أن يحارب ، فاتفقوا على أنه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ » واختلفوا في قتل المرأة . وهل تستتاب قبل أن تقتل ؟ فقال الجمهور : تقتل المرأة ؛ وقال أبو حنيفة : لا تقتل وشبهها بالكافرة الأصلية ، والجمهور اعتمدوا العموم الوارد في ذلك ؛ وشدد قوم فقالوا : تقتل وإن راجعت الإسلام وأما الاستتابة فإن مالكا شرط في قتله ذلك على ما رواه عن عمر ؛ وقول قوم : لا تقبل توبته ، وأما إذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فإنه يقتل بالحربة ولا يستتاب ، كانت حرايته بدار الإسلام أو بعد أن لحق بدار الحرب ، إلا أن يسلم . وأما إذا أسلم المرتد المحارب بعد أن أخذ أو قبل أن يؤخذ ، فإنه يختلف في حكمه ، فإن كانت حرايته في دار الحرب فهو عند مالك كالحرابي يسلم لاتباعه عليه في شيء مما فعل في حال ارتداده . وأما إن كانت حرايته في دار الإسلام ، فإنه يسقط إسلامه عنه حكم الحربة خاصة ، وحكمه فيما يجني حكم المرتد إذا جنى في رده في دار الإسلام ثم أسلم ؛ وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال : حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية ؛ وقال : حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم . وقد اختلف في هذا الباب في حكم الساحر ؛ فقال مالك : يقتل كفرا ؛ وقال قوم : لا يقتل ، والأصل أن لا يقتل إلا مع الكفر .

« بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما »

كتاب الأقضية

وأصول هذا الكتاب تنحصر في ستة أبواب : أحدها : في معرفة من يجوز قضاؤه ، والثاني : في معرفة ما يقضى به ، والثالث في معرفة ما يقضى فيه . والرابع : في معرفة من يقضى عليه أو له . والخامس : في كيفية القضاء . والسادس في وقت القضاء .

الباب الأول في معرفة من يجوز قضاؤه

والنظر في هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه ، وفيما يكون به أفضل . فأما الصفات المشترطة في الجواز : فإن يكون حرا مسلما بالغيا ذكرا عاقلا عدلا . وقد قبل في المذهب إن الفسق يوجب العزل ويمضي ما حكم به : واختلفوا في كونه من أهل الاجتهاد ؛ فقال الشافعي : يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز حكم العاقل . قال القاضي : وهو ظاهر ما حكاه جدي رحمه الله عليه في المقدمات عن المذهب لأنه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة ، وكذلك اختلفوا في اشتراط الذكورة ؛ فقال الجمهور : هي شرط في صحة الحكم ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز أن تكون المرأة قاضيا في الأموال ؛ قال الطبري : يجوز أن تكون المرأة حاكما على الإطلاق في كل شيء ؛ قال عبد الوهاب : ولا أعلم بينهم اختلاف في اشتراط الحرية ؛ فن رد قضاء المرأة شبهه بقضاء الإمامة الكبرى ، وقاسها أيضا على العبد لنقصان حرمتها ؛ ومن أبجاز حكمها في الأموال فتشبيها بجواز شهادتها في الأموال ؛ ومن رأى حكمها نافذا في كل شيء قال : إن الأصل هو أن كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز إلا ما خصصه الإجماع من الإمامة الكبرى . وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ، ولا خلاف في مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشرطة في استمرار ولايته وليس شرطا في جواز ولايته ، وذلك أن من صفات القاضي في المذهب ما هي شرط في الجواز ؛ فهذا إذا ولي عزل وفسخ جميع ما حكم به ومنها ما هي شرط في الاستمرار وليست شرطا في الجواز ، فهذا إذا ولي القضاء عزل . ونفذ ما حكم به إلا أن يكون جورا . ومن هذا الجنس عندهم هذه الثلاث صفات : ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحدا . والشافعي يميز أن يكون في المصر قاضيان اثنان إذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه ، وإن شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجوز ، وإن شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان : الجواز ، والمنع ، قال : وإذا تنازع الخصمان في اختيار أحدهما وجب أن يقرعا عنده . ولما فضائل القضاء فكثيرة ، وقد ذكرها الناس في كتبهم . وقد اختلفوا في الأمي هل يجوز أن يكون قاضيا ؟

والأئين جوازه لكونه عليه الصلاة والسلام أميا ؛ وقال قوم : لا يجوز ؛ وعن الشافعى القولان جميعا ، لأنه يحتمل أن يكون ذلك خاصا به لموضع العجز ، ولا خلاف فى جواز حكم الإمام الأعظم وتوليته للقاضى شرط فى صحة قضاءه لاخلاف أعرف فيه : واختلفوا من هذا الباب فى نفوذ حكم من رضىه المتداعيان من ليس بوال على الأحكام ، فقال مالك : يجوز ؛ وقال الشافعى : فى أحد توأيه : لا يجوز ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز إذا وافق حكمه حكم قاضى البلد .

الباب الثانى فى معرفة ما يقضى به

وأما فيما يحكم ، فاتفقوا أن القاضى يحكم فى كل شىء من الحقوق كان حقا لله أوحقا للآدميين ، وأنه نائب عن الإمام الأعظم فى هذا المعنى وأنه يعقد الأنكحة ويقدم الأوصياء ، وهل يقدم الأئمة فى المساجد الجامعة ؟ فيه خلاف ، وكذلك حل يستخاف فيه خلاف فى المرض والسفر إلا أن يؤذن له ، وليس ينظر فى الحياة ولا فى غير ذلك من الولاة ، وينظر فى التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم : ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم نخلة للمحكوم له به ، وإن لم يكن فى نفسه حلالا ، وذلك أنهم أجمعوا على أن حكم الحاكم الظاهر الذى يعتره لا يحل حراما ولا يحرم حلالا ، وذلك فى الأموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام « لَأَتَمَّتْ أُنَا بَشَرٌ وَإِنْ كُنْتُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَىَّ فَلَعَلَّ بَعْضُكُمْ أَنْ يَكُونَ الْخَيْرَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ ، فَمَنْ قَضَيْتَ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ فَلَا يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنْ النَّارِ » . واختلفوا فى حل عصمة النكاح أو عقده بالظاهر الذى يظن الحاكم أنه حق وليس بحق ، إذ لا يحل حرام ، ولا يحرم حلال بظاهر حكم الحاكم دون أن يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا ؟ فقال الجمهور : الأموال والفروج فى ذلك سواء ، لا يحل حكم الحاكم منها حراما ولا يحرم حلالا ، وكذلك مثل أن يشهد شاهدا زورا فى امرأة أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبي ليست له بزوجة ؛ فقال الجمهور : لا تحل له وإن أحلها الحاكم بظاهر الحكم ؛ وقال أبو حنيفة وجمهور أصحابه : تحل له : فعمدة الجمهور عموم الحديث

المتقدم ، وشبهة الخفية أن الحكم باللعان ثابت بالشرع ، وقد علم أن أحد المتلاعنين كاذب ، واللعان يوجب الفرقة ، ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحلها لغيره ، فإن كان هو الكاذب فلم تحرم عليه إلا بحكم الحاكم ، وكذلك إن كانت هي الكاذبة ، لأن زناها لا يوجب فرقتها على قول أكثر الفقهاء ؛ والجمهور أن الفرقة هاهنا إنما وقعت عقوبة للعالم بأن أحدهما كاذب .

الباب الثالث فيما يكون به القضاء

والقضاء يكون بأربع : بالشهادة ، وباليمين ، وبالنكول ، وبالإقرار ، أو بما تركب من هذه . ففي هذا الباب أربعة فصول .

الفصل الأول في الشهادة

والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء : في الصفة ، والجنس ، والعدد . فأما عدد الصفات المعبرة في قبول الشاهد بالجملة فهي خمسة : العدالة ، والبلوغ ، والإسلام ، والحرية ، ونبي التهمة . وهذه منها متفق عليها ، ومنها يختلف فيها . أما العدالة ، فإن المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى - يَمَن تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ - ولقوله تعالى - وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ - واختلفوا فيما هي العدالة ؛ فقال الجمهور : هي صفة زائدة على الإسلام ، وهو أن يكون مائزاً لواجبات الشرع ومستحباته ، مجنباً للمحرمات والمكروهات ؛ وقال أبو حنيفة : يكفي في العدالة ظاهر الإسلام ، وأن لا تعلم منه جرحة . وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق ، وذلك أنهم اتفقوا على أن شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى - يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ - الآية . ولم يختلفوا أن للفاسق تقبل شهادته إذا عرفت توبته ، إلا من كان فسقه من قبل القذف ؛ فإن أبا حنيفة يقول : لا تقبل شهادته وإن تاب . والجمهور يقولون : تقبل . وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى - وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ - إلا الذين تابوا من بعده ذلك - إلى

أقرب مذكور إليه ، أو على الجملة إلا ما خصصه الإجماع ، وهو أن التوبة لا تسقط عنه الحد ، وقد تقدم هذا : وأما البلوغ فلأنهم اتفقوا على أنه يشترط حيث تشترط العدالة . واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل ، فردها جمهور فقهاء الأمصار لما قلناه من وقوع الإجماع على أن من شرط الشهادة العدالة ، ومن شرط العدالة البلوغ ، ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك ، وإنما هي قرينة حال ، ولذلك اشترط فيها أن لا يفرقوا لثلاثا يجبوا . واختلف أصحاب مالك هل تجوز إذا كان بينهم كبير أم لا ؟ ولم يختلفوا أنه يشترط فيها العدة المشترطة في الشهادة ، واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا ؟ واختلفوا أيضا هل تجوز في القتل الواقع بينهم ؟ ولا عمة لمالك في هذا إلا أنه مروى عن ابن الزبير . قال الشافعي : فإذا احتج بخنجر بهذا قيل له : إن ابن عباس قد ردها ، والقرآن يدل على بطلانها ؛ وقال بقول مالك ابن أبي ليلى وقوم من التابعين ، وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصباحة . وأما الإسلام فاتفقوا على أنه شرط في القبول ، وأنه لا تجوز شهادة الكافر ، إلا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى - يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمُ الْآيَةِ . فقال أبو حنيفة : يجوز ذلك على الشروط التي ذكرها الله ؛ وقال مالك والشافعي : لا يجوز ذلك ، ورأوا أن الآية منسوخة . وأما الحرية فلأن جمهور فقهاء الأمصار على اشتراطها في قبول الشهادة ؛ وقال أهل الظاهر : تجوز شهادة العبد ، لأن الأصل إنما هو اشتراط العدالة ، والعبودية ليس لها تأثير في الرد ، إلا أن يثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو إجماع ، وكان الجمهور رأوا أن العبودية أثر من أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير في رد الشهادة . وأما التهمة التي سببها المحبة ، فإن العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة في إسقاط الشهادة . واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو البغضة التي سببها العداوة الدنيوية ، فقال بردها فقهاء الأمصار ، إلا أنهم اتفقوا في مواضع على أعمال التهمة ، وفي مواضع على إسقاطها ، وفي مواضع اختلفوا فيها .

فأعملها بعضهم وأسقطها بعضهم : فما اتفقوا عليه رد شهادة الأب لابنه والابن لأبيه ، وكذلك الأم لابنها وابنها لها . وما اختلفوا في تأثير التهمة في شهادتهم شهادة الزوجين أحدهما للآخر ، فإن مالكا ردّها وأبا حنيفة ، وأجازها الشافعي وأبو ثور والحسن ؛ وقال ابن أبي ليلى : تقبل شهادة الزوج لزوجته ولا تقبل شهادتها له ، وبه قال النخعي . وما اتفقوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الأخ لأخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عارا على ما قال مالك ، وما لم يكن منقطعا إلى أخيه يناله بره وصلته ، ما عدا الأوزاعي فإنه قال : لا يجوز . ومن هذا الباب اختلافهم في قبول شهادة العدو على عدوه ؛ فقال مالك والشافعي : لا تقبل ؛ وقال أبو حنيفة : تقبل . فعمدة الجمهور في رد الشهادة بالتهمة ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « لا تُقْبَلُ شَهَادَةُ نَحْصَمٍ وَلَا ظَنِينٍ » ، وما أخرجه أبو داود من قوله عليه الصلاة والسلام « لا تُقْبَلُ شَهَادَةُ بَدَوِيٍّ عَلَى حَضْرِيٍّ » لقلة شهوة البدوي ما يقع في المصر ، فهذه هي عمدتهم من طريق السماع . وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة ، وقد أجمع الجمهور على تأثيرها في الأحكام الشرعية مثل اجتماعهم على أنه لا يرث القاتل المقتول ، وعلى ورث المبتوتة في المرض وإن كان فيه خلاف . وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو ثور وداود فإنهم قالوا : تقبل شهادة الأب لابنه فضلا عن سواه إذا كان الأب عدلا ؛ وعمدتهم قوله تعالى - يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَكُمْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ - والأمر بالشئ يقتضي إجزاء الأمور به إلا ما خصصه الإجماع من شهادة المرء لنفسه . وأما من طريق النظر ، فإن لهم أن يقولوا رد الشهادة بالجملة إنما هو لموضع اتهام الكذب ، وهذه التهمة إنما اعتملها الشرع في الفاسق ومنع إعائها في العادل ، فلا يجتمع العدالة مع التهمة ؛ وأما النظر في العدد والجنس ، فإن المسلمين اتفقوا على أنه لا يثبت الزنى بأقل من أربعة عدول ذكور ، واتفقوا على أنه تثبت جميع الحقوق ما عدا الزنى بشاهدين عدلين ذكرين ما خلا الحسن البصري ، فإنه قال : لا تقبل بأقل من أربعة شهداء تشبيها بالرجم ، وهذا ضعيف لقوله سبحانه - وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ - وكل

متفق أن الحكم يجب بالشاهدين من غير عيّن المدعى ، إلا ابن أبي ليل فإنه قال : لا بد من عيّن . واتفقوا على أنه تثبت الأموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى - فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ - واختلفوا في قبولهما في الحدود ، فالنبي عليه الجمهور أنه لا تقبل شهادة النساء في الحدود لأمع رجل ولا مفردات ؛ وقال أهل الظاهر : تقبل إذا كان معهن رجل . وكان النساء أكثر من واحدة في كل شيء على ظاهر الآية ؛ وقال أبو حنيفة : تقبل في الأموال وفيها عدا الحدود من أحكام الأبدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعق ؛ ولا تقبل عند مالك في حكم من أحكام البدن ؛ واختلف أصحاب مالك في قبولهن في حقوق الأبدان المتعلقة بالمال ، مثل الوكالات والنوصية التي لاتعلق إلا بالمال فقط ؛ فقال مالك وابن القاسم وابن وهب : يقبل فيه شاهد وامرأتان ؛ وقال أشهب وابن الماجشون : لا يقبل فيه إلا رجلان . وأما شهادة النساء مفردات ، أغنى النساء دون الرجال فهي مقبولة عند الجمهور في حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالبا مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء . ولا خلاف في شيء من هذا إلا في الرضاع ، فإن أبا حنيفة قال : لا تقبل فيه شهادتهن إلا مع الرجال ، لأنه عنده من حقوق الأبدان التي يطلع عليها الرجال والنساء . والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات في هذا الجنس اختلفوا في العدد المشترط في ذلك منهن ؛ فقال مالك : يكفي في ذلك امرأتان ، قيل مع انتشار الأمر ، وقيل إن لم ينتشر ؛ وقال الشافعي : ليس يكفي في ذلك أقل من أربع ، لأن الله عز وجل قد جعل عدل الشاهد الواحد امرأتين ، واشترط الاثنيّة ؛ وقال قوم : لا يكفي بذلك بأقل من ثلاث وهو قول لا معنى له ؛ وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة ، وأحسب أن الظاهرية أو بعضهم لا يميزون شهادة النساء مفردات في كل شيء كما يميزون شهادتهن مع الرجال في كل شيء وهو الظاهر . وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع ، فإنهم أيضا اختلفوا فيها لقوله عليه الصلاة والسلام في المرأة الواحدة التي شهدت بالرضاع « كَتَيْفٌ وَقَدْ أَرْضَعَتْكُمْ » وهذا ظاهر الإنكار ، ولذلك لم يختلف قول مالك في أنه مكروه .

الفصل الثاني

وأما الأيمان ، فإنهم اتفقوا على أنها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه إذا لم تكن للمدعى بيينة : واختلفوا هل يثبت بها حق المدعى ، فقال مالك : يثبت بها حق المدعى في إثبات ما أنكره المدعى عليه وإبطال ما ثبت عليه من الحقوق إذا ادعى الذي ثبت عليه إسقاطه في الموضع الذي يكون المدعى أقوى سببه وشبهة من المدعى عليه ؛ وقال غيره لا تثبت للمدعى باليمين دعوى سواء كانت في إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه ، أو لإثبات حق أنكره فيه خصمه ، وسبب اختلافهم ترددهم في مفهوم قواه عليه الصلاة والسلام « البَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدع ، أم إنما خص المدعى بالبيينة والمدعى عليه باليمين ، لأن المدعى في الأكثر هو أضعف أشبه من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه ؟ فن قال هذا الحكم عام في كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصا قال : لا يثبت باليمين حق ، ولا يسقط به حق ثبت ؛ ومن قال إنما خص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شبهة قال : إذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعى أقوى يكون القول قوله ، واحتج هؤلاء بالمواضع التي اتفق الجمهور فيها على أن القول فيها قول المدعى مع يمينه ، مثل دعوى التلف في الوديعة وغير ذلك إن وجد شيء بهذه الصفة ، ولأولئك أن يقولوا : الأصل ما ذكرنا إلا ما خصصه الاتفاق ، وكلهم مجمعون على أن اليمين التي تسقط الدعوى أو تثبتها هي اليمين بالله ، الذي لا إله إلا هو ، وأقوليل فقهاء الأمصار في صفنها متقاربة ، وهي عند مالك : بالله الذي لا إله إلا هو ، لا يزيد عاها ، ويزيد الشافعي : الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية . وأما هل تغلظ بالمكان ؟ فإنهم اختلفوا في ذلك ، فذهب مالك إلى أنها تغلظ بالمكان وذلك في قدر مخصوص ، وكذلك الشافعي . واختلفوا في القدر ، فقال مالك : إن من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعدا وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع ، فإن كان مسجد النبي عليه الصلاة والسلام ، فلا خلاف أنه يخلف على المنبر ، وإن كان في غيره

من المساجد ففي ذلك روايتان : إحداهما حيث أنفق من المسجد ، والأخرى عند المنبر ، وروى عنه ابن القاسم أنه يحلف فيما له بال في الجامع ولم يحدد ؛ وقال الشافعي : يحلف في المدينة عند المنبر ، وفي مكة بين الركن والمقام ، وكذلك عنده في كل بلد يحلف عند المنبر ، والنصاب عنده في ذلك عشرون دينارا ؛ وقال داود : يحلف على المنبر في القليل والكثير ؛ وقال أبو حنيفة : لا تغلظ اليمين بالمكان . وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد في الحلف على منبر النبي صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا ؟ فن قال إنه يفهم منه ذلك قال : لأنه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ؛ ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال : لا يجب الحلف على المنبر . والحديث الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبد الله الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ حَلَفَ عَلَى مَنبَرِي آثِمًا تَبَيَّنَ مَقْعَدُهُ مِنَ النَّارِ » واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا : هو عمل الخلفاء ، قال الشافعي : لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة : قالوا : ولو كان التغليظ لا يفهم منه إيجاب اليمين في الموضع المغلظ لم يكن له فائدة إلا تجنب النمين في ذلك الموضع : قالوا : وكما أن التغليظ الوارد في اليمين مجردا مثل قوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ اقْتَضَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ وَأَوْجِبَ لَهُ النَّارَ » يفهم منه وجوب القضاء باليمين ، وكذلك التغليظ الوارد في المكان . وقال الفريق الآخر : لا يفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين ، وإذا لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان وليس فيه إجماع من الصحابة ، والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت ؛ وتغلظ بالمكان عند مالك في القسامة واللعان ، وكذلك بالزمان لأنه قال في اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على ما جاء في التغليظ فيمن حلف بعد العصر : وأما القضاء باليمين مع الشاهد فإنهم اختلفوا فيه ؛ فقال مالك والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المديون وبخاعة : يقضى باليمين مع الشاهد في الأموال . وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجمهور أهل العراق :

لا يقضى باليمين مع الشاهد في شيء ، وبه قال الليث من أصحاب مالك . وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض السماع . أما القائلون به فإنهم تعلقوا في ذلك بأثار كثيرة ، منها حديث ابن عباس ، وحديث أبي هريرة ، وحديث زيد ابن ثابت ، وحديث جابر ، إلا أن الذي خرج مسلم منها حديث ابن عباس ، ولفظه « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد » نخرجه مسلم ولم يخرج به البخاري . وأما مالك فإنما اعتمد مرسله في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد » لأن العمل عنده بالمراسيل واجب . وأما السماع المخالف لما فقوله تعالى فإن لم يكنوا رجلين فارجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء - قالوا : وهذا يقتضى الحصر فالزيادة عليه نسخ ، ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة ، وعند المخالف أنه ليس بنسخ بل زيادة لا تغير حكم المزيّد . وأما من السنة فما أخرجه البخاري . ومسلم عن الأشعث بن قيس قال « كان بيني وبين رجل خصومة في شيء ، فاختصمنا إلى النبي عليه الصلاة والسلام ، فقال شاهداك أو يمينه » فقلت : إذا يحلف ولا يميني ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين يتقسطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر » لقي الله وهو عليه غضبان » قالوا : فهذا منه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض للجمعة كل واحد من الخصمين ، ولا يجوز عايه صلى الله عليه وسلم ألا يستوفى أقسام الحجة للمدعى . والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم في أن اليمين هي جمعة أقوى المتداعيين شبهة ، وقد قويت ههنا جمعة المدعى بالشاهد كما قويت في القسامة . وهؤلاء اختلفوا في القضاء باليمين مع المرأتين ، فقال مالك : يجوز لأن المرأتين قد أقيمتا مقام الواحد ، وقال الشافعي : لا يجوز له ، لأنه إنما أقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لا مفردة ولا مع غيره ، وهل يقضى باليمين في الحدود التي هي حق للناس مثل النكاح والجراح ؟ فيه قولان في المذهب .

الفصل الثالث

وأما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله ، فإن الفقهاء أيضا اختلفوا في ذلك ، فقال مالك والشافعي وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين : إذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعى شيء بنفس النكول ، إلا أن يخلف المدعى أو يكون له شاهد واحد ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه وجمهور الكوفيين : يقضى للمدعى على المدعى عليه بنفس النكول وذلك في المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثا وقلب اليمين عند مالك يكون في الموضع الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان ، وشاهد ويمين ؛ وقلب اليمين عند الشافعي يكون في كل موضع يجب فيه اليمين ؛ وقال ابن أبي ليلى : أردھا في غير التهمة ولا أردھا في التهمة . وعند مالك في يمين التهمة هل تنقلب أم لا ؟ قولان : فعمدة من رأى أن تنقلب اليمين ما رواه مالك من « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد في القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدأ بالأنصار » ومن حجة مالك أن الحقوق عنده إنما تثبت بشيئين : إما بيمين وشاهد ، وإما بنكول وشاهد ، وإما بنكول ويمين ، أصل ذلك عنده اشتراط الاثنيانية في الشهادة ؛ وليس يقضى عند الشافعي يشاهد ونكول . وعمدة من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لإثبات الدعوى ، واليمين لإبطالها وحب إن نكل عن اليمين أن تحقق عليه الدعوى . قالوا : وأما نقلها من المدعى عليه إلى المدعى فهو خلاف للنص ، لأن اليمين قد نص على أنها دلالة المدعى عليه ، فهذه أصول الحجج التي يقضى بها القاضي . وما اتفقوا عليه في هذا الباب أنه يقضى القاضي بوصول كتاب قاض آخر إليه ، لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة به ، أعني إذا أشهد القاضي الذي يثبت عنده الحكم شاهدين عدلين أن الحكم ثابت عنده ، أعني المكتوب في الكتاب الذي أرسله إلى القاضي الثاني ، فشهدا عند القاضي الثاني أنه كتابه . وأنه أشهدهم بثبوت ، وقد قيل إنه يكفي فيه بحظ القاضي ، وأنه كان به العمل الأول . واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة إن أشهدهم على الكتابة ولم يقرأ عليهم ؛ فقال مالك : يجوز ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة :

لا يجوز ولا تصح الشهادة : واختلفوا في العفاص والوكاء هل يقضى به في اللقطة دون شهادة ، أم لا بد في ذلك من شهادة ؟ فقال مالك : يقضى بذلك ؛ وقال الشافعي : لا بد من الشاهدين ، وكذلك قال أبو حنيفة ؛ وقول مالك هو أجرى على نص الأحاديث ، وقول الغير أجرى على الأصول . وما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضي بعلمه ، وذلك أن العلماء أجمعوا على أن القاضي يقضى بعلمه في التعديل والتجريح ، وأنه إذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به ، وأنه يقضى بعلمه في إقرار الخصم وإنكاره ؛ إلا مالكا فإنه رأى أن يحضر القاضي شاهدين لإقرار الخصم وإنكاره ، وكذلك أجمعوا على أنه يقضى بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر إذا لم يكن في ذلك خلاف . واختلفوا إذا كان في المسئلة خلاف ؛ فقال قوم : لا يرد حكمه إذا لم يخرق الإجماع ؛ وقال قوم : إذا كان شاذاً ؛ وقال قوم : يرد إذا كان حكماً بقياس ، وهناك سماع من كتاب أوسنة مخالفت القياس وهو الأعدل ، إلا أن يكون القياس تشهد له الأصول والكتاب محتمل والسنة غير متواترة ، وهذا هو الوجه الذي ينبغي أن يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء في موضع من المواضع على الأثر مثل ما ينسب إلى أبي حنيفة باتفاق ، وإلى مالك باختلاف . واختلفوا هل يقضى بعلمه على أحد دون بينة أو إقرار ، أو لا يقضى إلا بالدليل والإقرار ؟ فقال مالك وأكثر أصحابه : لا يقضى إلا بالبينات أو الإقرار ، وبه قال أحمد وشريح ؛ وقال الشافعي والكوافي وأبو ثور وجماعة : للقاضي أن يقضى بعلمه ، ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين ، وكل واحد منهما اعتمد في قوله السماع والنظر . أما عمدة الطائفة التي منعت من ذلك ، فمنها حديث معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة « أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم على صدقة فلاحاه رجل في فريضة ، فوقع بينهما شجاج ؛ فأثوا النبي صلى الله عليه وسلم فأخبروه ، فأعطاهم الأرش ، ثم قال عليه الصلاة والسلام : « لَأَنِّي خَاطِبُ النَّاسِ وَنَحْبِرُهُمْ أَتَكْسُمُ قَدْرَ رَضِيئِهِمْ ، أَرْضِيئِهِمْ ؟ قَالُوا : نَعَمْ ، فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر ، فخطب الناس وذكر القصة ، وقال : أَرْضِيئِهِمْ ؟ قَالُوا لَا ، فَهَمَّ بِهِمُ الْمَاهِجُونَ ، فَزَلَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ

عليه وسلم فأعطاهم ، ثم صعد المنبر فخطب ، ثم قال : أَرْضَيْتُمْ ؟ قالوا نعم قال : فهذا بَيِّنٌ في أنه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم : وأما من جهة المعنى فللتهمة اللاحقة في ذلك للقاضي . وقد أجمعوا أن للتهمة تأثيرا في الشرع : منها أن لا يرث القاتل عمدا عند الجمهور من قتله . ومنها ردهم شهادة الأب لابنه ، وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء . وأما عملة من أجاز ذلك ، أما من طريق السماع فحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة ابن ربيعة مع زوجها أبي سفيان بن حرب حين قال لما عليه الصلاة والسلام وقد شكت أبا سفيان « نَحْدِي مَا يَكْشِفُكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » دون أن يسمع قول خصمها : وأما من طريق المعنى فإنه إذا كان له أن يحكم بقول الشاهد الذي هو مظلون في حقه فأخرى أن يحكم بما هو عنده يقين : وخصص أبو حنيفة وأصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا : لا يقضي بعلمه في الحدود ويقضي في غير ذلك ؛ وخصص أيضا أبو حنيفة العلم الذي يقضي به . فقال : يقضي بعلمه الذي علمه في القضاء ، ولا يقضي بما علمه قبل القضاء . وروى عن عمر أنه قضى بعلمه على أبي سفيان لرجل من بني مخزوم . وقال بعض أصحاب مالك : يقضي بعلمه في المجلس أعني بما يسمع وإن لم يشهد عنده بذلك ، وهو قول الجمهور كما قلنا ، وقول المغيرة هو أجرى على الأصول ، لأن الأصل في هذه الشريعة لا يقضي إلا بدليل وإن كانت غلبة الظن الواقعة به أقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين .

الفصل الرابع في الإقرار

وأما الإقرار إذا كان بينا فلا خلاف في وجوب الحكم به ، وإنما النظر فيمن يجوز إقراره ممن لا يجوز . وإذا كان الإقرار محتملا رفع الخلاف . أما من يجوز لم إقراره ممن لا يجوز فقد تقدم . وأما عدد الإقرارات الموجبة فقد تقدم في باب الحدود ، ولا خلاف بينهم أن الإقرار مرة واحدة عامل في المال . وأما المسائل التي اختلفوا فيها من ذلك فهو من قبيل احتمال اللفظ ، وأنت إن أحببت أن تقف عليه في كتاب الفروع .

الباب الرابع

وأما على من يقضى ؟ ولمن يقضى ؟ فإن الفقهاء اتفقوا على أنه يقضى لمن ليس يتهم عليه . واختلفوا في قضائه لمن يتهم عليه ؛ فقال مالك : لا يجوز قضاؤه على من لا تجوز عليه شهادته ؛ وقال قوم : يجوز لأن القضاء يكون بأسباب معاومة وليس كذلك الشهادة . وأما على من يقضى ؟ فلمنهم اتفقوا على أنه يقضى على المسلم الحاضر . واختلفوا في الغائب وفي القضاء على أهل الكتاب فلما القضاء على الغائب ، فإن مالكا والشافعي قالا : يقضى على الغائب البعيد الغيبة ؛ وقال أبو حنيفة : لا يقضى على الغائب أصلا ، وبه قال ابن الماجشون . وقد قيل عن مالك لا يقضى في الرباع المستحقة : فعمدة من رأى القضاء حديث هـ المتقدم ولا حجة فيه ، لأنه لم يكن غائبا عن المصر . وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام « فإِنَّمَا أَقْضِي لَنَّهُ بِحَسَبِ مَا أَسْمَعُ » وما رواه أبو داود وغيره عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين أرسله إلى اليمن « لَا تَقْضُ لِأَحَدٍ الْخِصْمَيْنِ حَتَّى تَسْمَعَ مِنْ الْآخِرِ » وأما الحكم على الذمي ، فإن في ذلك ثلاثة أقوال : أحدها أنه يقضى بينهم إذا ترفعوا إليه بحكم المسلمين ، وهو مذهب أبي حنيفة ؛ والثاني أنه غير ، وبه قال مالك ، وعن الشافعي القولان ؛ والثالث أنه واجب على الإمام أن يحكم بينهم وإن لم يتحاكما إليه . فعمدة من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى - « فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ » - وبهذا تمسك من رأى الخيار ، ومن أوجه اعتمد قوله تعالى - « وَأَنْ احْكُم بَيْنَهُمْ » - ورأى أن هذا ناسخ لآية التخيير . وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وإن لم يرفعوا ، فإنه احتج بإجماعهم على أن الذمي إذا سرق قطعت يده .

الباب الخامس

وأما كيف يقضى القاضي ، فلمنهم أجمعوا على أنه واجب عليه أن يسوئ بين الخصمين في المجاس وألا يسمع من أحدهما دون الآخر ، وأن يبدأ

بالمدعى فيسأله البينة إن أنكر المدعى عليه . وإن لم يكن له بينة فإن كان في ماله وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق ، وإن كانت في طلاق أو نكاح أو قتل ونجبت عند الشافعي بمجرد الدعوى ؛ وقال مالك : لا تجب إلا مع شاهد ؛ وإذا كان في المال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى أم لا يحلفه حتى يثبت المدعى الخلطة ؟ اختلفوا في ذلك ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لعنوم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » وقال مالك : لا تجب اليمين إلا بالخلطة ؛ وقال بها السبعة من فقهاء المدينة . وعمدة من قال بها النظر إلى المصلحة لكيلا يتطرق الناس بالدعوى إلى تعذيب بعضهم بعضا ، وإذابة بعضهم بعضا ، ومن هنا لم ير مالك إخلاف المرأة زوجها إذا ادعت عليه الطلاق إلا أن يكون معها شاهد ، وكذلك إخلاف العبد سيده في دعوى العتق عليه ، والدعوى لا تخلو أن تكون في شيء في الذمة أو في شيء بعينه ، فإن كانت في الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وأن له بينة سمعت منه بينته باتفاق . وكذلك إن كان اختلاف في عقد وقع في عين مثل بيع أو غير ذلك . وأما إن كانت الدعوى في عين وهو الذي يسمى استحقاقا ، فإنهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه ؟ فقال أبو حنيفة : لا تسمع بينة المدعى عليه إلا في النكاح وما لا يتكرر ؛ وقال غيره : لا تسمع في شيء ؛ وقال مالك والشافعي : تسمع أعنى في أن يشهد للمدعى بينة المدعى عليه أنه مال له وملك . فعمدة من قال لا تسمع أن الشرع قد جعل البينة في حيز المدعى واليمين في حيز المدعى عليه ، فوجب أن لا ينقلب الأمر ، وكان ذلك عندهما عبادة . وسبب الخلاف : هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائدا على كون الشيء المدعى فيه موجودا بيده ، أم ليست تفيد ذلك ؟ فمن قال : لا تفيد معنى زائدا قال : لا معنى لها ؛ ومن قال تفيد : اعتبرها ؛ فإذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البيتين ولم تثبت إحداهما أمرا زائدا مما لا يمكن أن يتكرر في ملك ذي الملك ؛ فالحكم عند مالك أن يقضى بأعدل البيتين ولا يعتبر الأكثر ؛ وقال أبو حنيفة : بينة المدعى أولى على أصله ولا ترجع عنده بالعدالة

كما لا ترجع عند مالك بالعدد ، وقال الأوزاعي : ترجع بالعدد وإذا تساوت في العدالة فذلك عند مالك كلا بينة يحلف المدعى عليه ، فإن نكل حلف المدعى ووجب الحق ، لأن يد المدعى عليه شاهدة له ، ولذلك جعل دليله أضعف الدليلين : أعني اليمين . وأما إذا أقر الخصم فإن كان المدعى فيه عينا فلا خلاف أنه يدفع إلى مدعيه . وأما إذا كان مالا في الذمة ، فإنه يكلف المقر غرمه فإن ادعى العدم حبسه القاضي عند مالك حتى يتبين عدمه ، إما بطول السجن والبيئة إن كان متهما فإذا لاج عسره خلى سبيله لقوله تعالى - وإن كان ذو عسرة فنمّطه إلى ميسرة - وقال قوم : يؤاخره ، وبه قال أحمد . وروى عن عمر بن عبد العزيز ، وحكى عن أبي حنيفة أن لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار ، ولا خلاف أن البيئة إذا جرحها المدعى عليه أن الحكم ينسقط إذا كان التجريح قبل الحكم ، وإن كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك ، وقال الشافعي : ينتقض . وأما إن رجعت البيئة عن الشهادة ، فلا يخلو أن يكون ذلك قبل الحكم أو بعده ، فإن كان قبل الحكم فالأكثر أن الحكم لا يثبت ؛ وقال بعض الناس : يثبت . وإن كان بعد الحكم فقال مالك : يثبت الحكم ؛ وقال غيره لا يثبت الحكم ، وعند مالك أن الشهداء يضمنون ما أتلّفوا بشهادتهم ، فإن كان مالا ضمنوه على كل حال ؛ قال عبد الملك : لا يضمنون في الغلط ؛ وقال الشافعي : لا يضمنون المسال . وإن كان دما فإن ادعوا الغلط ضمنوا الدية ، وإن أقرّوا تأقيد منهم على قول أشهب ، ولم يقتض منهم على قول ابن القاسم .

الباب السادس

وأما متى يقضى ؟ فمتى ما يرجع إلى حال القاضي في نفسه ، ومنها ما يرجع إلى وقت إنفاذ الحكم وفصله ، ومنها ما يرجع إلى وقت توقيف المدعى فيه وإزالة اليد عنه إذا كان عينا . فأما متى يقضى القاضي ؟ فإذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يقضى القاضي حين يتقاضى وهو غَضْبَانٌ » ومثل هذا عند مالك أن يكون عطشانا أو جائعا أو خائفا أو غير ذلك من العوارض التي تعوقه عن الفهم ، لكن إذا قضى في حال من هذه

الأحوال بالصواب ، فاتفقوا فيما أعلم على أنه ينفذ حكمه ، ويحتمل أن يقال : لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان ، لأن النهى يدل على فساد المبهى عنه ؛ وأما متى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الأجل والإعذار إليه ، ومعنى تفوذ هذا ، هو أن يحق حجة المدعى أو يدحضها ، وهل له أن يسمع حجة يبعد الحكم ؟ فيه اختلاف من قول مالك ، والأشهر أنه يسمع فيما كان حقا لله مثل الإحساس والعق ولا يسمع في غير ذلك . وقيل لا يسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذى يسمى التعجيز قيل لا يسمع منهما جميعا ، وقيل بالفرق بين المدعى والمدعى عليه ، وهو ما إذا أقر بالعجز . وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الإعذار ، وهو إذا لم يرد الذى استحق الشيء من يده أن يخاصم فله أن يرجع بثمنه على البائع ، وإن كان يحتاج في رجوعه به على البائع أن يوافقه عليه فيثبت شراؤه منه إن أنكره ، أو يعترف له به إن أقره ف للمستحق من يده أن يأخذ الشيء من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق ؛ وقال الشافعى : يشتره منه ، فإن عطب في يد المستحق فهو ضامن له ، وإن عطب في أثناء الحكم : فمن ضمانه ؟ اختلف في ذلك ، فقيل إن عطب بعد الثبات فضا منه من المستحق وقيل إنما يضمن المستحق بعد الحكم ؛ وأما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه . قال القاضى رضى الله عنه : وينبغى أن تعلم أن الأحكام الشرعية تنقسم قسمين : قسم يقضى به الأحكام وجل ما ذكرناه في هذا الكتاب هو داخل في هذا القسم ، وقسم لا يقضى به الأحكام ، وهذا أكثره هو داخل في المندوب إليه . وهذا الجنس من الأحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء في أو آخر كتبهم التى يعرفونها بلجوامع . ونحن فقد رأينا أن نذكر أيضا من هذا الجنس المشهور منه إن شاء الله تعالى . وأما ينبغى قبل هذا أن تعلم أن السنن المشروعة العملية المقصود منها هو الفضائل النفسانية ، فمنها ما يرجع إلى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره ، وفي هذا الجنس تدخل العبادات ، وهذه هى السنن الكرامية . ومنها ما يرجع إلى الفضيلة التى تسمى عفة وهذه صنفان : السنن الواردة في المطعم والمشرب ، والسنن الواردة في المنالك . ومنها ما يرجع إلى طلب العدل والكف عن الجور . فهذه هى

أجناس السنن التي تقتضي العدل في الأموال ، والتي تقتضي العدل في الأبدان ، وفي هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات ، لأن هذه كلها إنما يطلب بها العدل . ومنها السنن الواردة في الأغراض . ومنها السنن الواردة في جميع الأموال وتقويمها ، وهي التي يقصد بها طلب الفضيلة التي تسمى السخاء ، وتجنب الرذيلة التي تسمى البخل : والزكاة تدخل في هذا الباب من وجه ، وتدخل أيضا في باب الاشتراك في الأموال ، وكذلك الأمر في الصدقات . ومنها سنن واردة في الاجتماع الذي هو شرط في حياة الإنسان وحفظ فضائله العملية والعلمية ، وهي المعبر عنها بالرياسة ، ولذلك لزم أيضا أن تكون سنن الأئمة والقوام بالدين . ومن السنة المهمة في حين الاجتماع السنن الواردة في المحبة والبغضة والتعاون على إقامة هذه السنن ، وهو الذي يسمى : النهي عن المنكر والأمر بالمعروف ، وهي المحبة والبغضة : أي الدينية التي تكون إما من قبل الإخلال بهذه السنن ، وإما من قبل سوء المعتقد في الشريعة .

وأكثر ما يذكر الفقهاء في الجوامع من كتبهم ما شذ عن الأجناس الأربعة التي هي فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة الشجاعة وفضيلة السخاء ، والعبادة التي هي كالشروط في تثبيت هذه الفضائل .

كامل كتاب الأقضية ، وبه كماله كمال جميع الديوان ، والحمد لله كثيرا على ذلك كما هو أهله .

ترجمة المؤلف من الديباج

هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (الشهير بالحفيد) من أهل قرطبة وقاضى الجماعة بها ، يكنى أبا الوليد ، روى عن أبيه أبي القاسم استظهر عليه الموطأ حفظاً ، وأخذ الفقه عن أبي القاسم بن بشكوال وأبي مروان بن مسرة وأبي بكر بن سمحون وأبي جعفر بن عبد العزيز وأبي عبد الله المازرى . وأخذ علم الطب عن أبي مروان بن جريؤل ، وكانت الدراية أغلب عليه من الرواية ، ودرس الفقه والأصول وعلم الكلام : ولم ينشأ بالأندلس مثله كمالاته وعلمه وفضله ، وكان على شرفه أشد الناس تواضعاً وأخفصهم جناحاً ، وعنى بالعلم من صغره إلى كبره ، حتى حكى أنه لم يدع النظر ولا القراءة منذ عقل إلا ليلية وفاة أبيه ، وليلة بنائه على أهله ، وأنه سود فيما صنف وقيد وألف وهذب واختصر نحو من عشرة آلاف ورقة . ومال إلى علوم الأوائل ، وكانت له فيها الإمامة دون أهل عصره ، وكان يفرع إلى فتياه في الطب كما يفرع إلى فتياه في الفقه مع الحظ الوافر من الإعراب والآداب والحكمة . حكى عنه أنه كان يحفظ شعر المتنبي وحبيب . وله تأليف جليلة الفائدة ، منها كتاب « بداية المجتهد ، ونهاية المقتصد » في الفقه ١ ذكر فيه أسباب الخلاف وعلل وجهه ، فأفاد وأمتع به ، ولا يعلم في وقته أنفع منه ولا أحسن سياقاً ، وكتاب

(١) وهذا الكتاب الذى أبان عن مقدار معرفة الرجل بالشريعة ، فإنه ذكر فيه أقوال فقهاء الأمة من الصحابة فن بلغدهم ، مع بيان مستند كل من الكتاب والسنة ، والقياس مع الترجيح ، وبيان الصحيح ، فخاص في بحر عجاج ملتظم الأمواج ، واهتدى فيه للسلوك ، ونظم جواهره في صحائف تلك السالوك ، فرحمه الله رحمة واسعة .

الكلية في الطب ، ومختصر المستصفي في الأصول ، وكتابه في العربية الذي
وسمه بالضروري ، وغير ذلك تنيف على ستين تأليفا ، وحمدت سيرته في القضاء
بقرطبة ، وتأثلت له عند الملوك وجاهة عظيمة ، ولم يصرفها في ترفيع حال ولا
جمع مال ، إنما قصرها على مصالح أهل بلده خاصة ومنافع أهل الأندلس .
وحدث وسمع منه أبو بكر بن جهور وأبو محمد بن حوط الله وأبو الحسن بن سهل
ابن مالك وغيرهم . وتوفي سنة خمس وتسعين وخمسمائة ، ومولده سنة عشرين
 وخمسمائة ، قبل وفاة القاضي جده أبي الوايد بن رشد بشهر .

تقريظ

وعند تمام طبعته الأولى قرظه حضرة الأديب الأستاذ الشيخ محمد أحمد عرفة بهذه الكلمة ، فأحبينا إثباتها حرصا على محاسنها ونشرا لعلو مكانتها ، وهى : إلى الحكيم الرافد فى جدته ، الهانى بمضجعه ، تحفه مسحة من النور الإلهى ، وعليه حارس من المهابة وسياج من الإجلال ، أهلى غاديات من الدعوات واستمطر له وابلا من صيب الرحمت . لله أنت أيتها الروح الخالدة العائدة إلى محلها الأرفع ، فقد هبطت علينا من عالمك العالى ، وطلعت علينا طلوع القمر على خبايط ليل ضل السبيل وخانه الدليل ، طلعت واهدى ، فكنت كالغيث أصاب أرضا قابلة فأنبئت الكلا والعشب وأصاب منها الكثير . أقمت فينا ما شاء الله لك أن تقوى ، وخلفت لك آثارا جعلت لك مقعد صدق فى كل نفس ، ثم عدت سيرتك الأولى : بسم الله مجراك ومرساك وطلوعك ومأواك وتأويبك ومسارك ، أى جو حواك ، وأى آمال وسعتك ، وأى جسم تحمل ما ترومين .

ولإذا كانت النفوس كبارا تعبت فى مرادها الأجسام
بيننا نراك بين يدى فيثاغورس وأرسطو قد حنت عليك الحكمة ، وأرضعتك أفاويقها ، وأعاتك درها ، وأهلتك خيرها ، فلا يظن أنك تعلمين غيرها ، إذا أنت وقد وضعتك الشريعة بين الحشا والفؤاد ، ومهلت لك حزنها ، ووردت منها عذبا زاخرا عبابه ، وسائغا شرابه . وهذا كتابك قد خالط أجزاء النفس وهش إليه الحس ، فهو الحق إلا أنه حكيم قد ضمن الدر .
إلا أنه كلم .

أنزله فى رياض العلم نفسى	وأغسده فى مسارحها وأسمى
أمتع ناظرى فيما حوته	وأقطعت زهره من كل غرس
وأحسن من كتوس الراح عندى	ومن خد الظبا خدود طرس
وقد ردت الرياض فشمّت روضا	به قد غبت عنى نفسى وحسى
كان خلال أسطره بحسارا	تدفق بالمعارف بعد رمسى
كتاب جاكه فكر (ابن رشد)	وأخرج آية فى كل درس
ومزق من ظلام الشك ثوبا	كما طرد الدجسة فهو شمس

بحمد الله تعالى قد تم طبع كتاب
« بداية المجتهد ونهاية المقتصد » للإمام ابن رشد القرطبي
مصححاً بمعرفة لجنة التصحيح

فهرست الجزء الثانى

من بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام ابن رشد القرطبي

صفحة	صفحة
٨ الركن الثانى فى شروط العقد ، وفيه فصول :	٣ (كتاب للنكاح ، وفيه خمسة أبواب)
الفصل الأول : فى الأولياء ، والنظر فيه فى أربعة مواضع :	الباب الأول : فى مقدمات النكاح ، وفيه أربع مسائل :
الموضع الأول فى أن الولاية هل هى شرط فى صحة النكاح أم لا ؟	المسئلة الأولى فى حكم النكاح المسئلة الثانية فى خطبة النكاح
١٢ الموضع الثانى فى الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها	٣ المسئلة الثالثة فى خطبة النكاح الخطبة
١٣ الموضع الثالث فى أصناف الولاية عند القائلين بها	المسئلة الرابعة فى حكم النظر إلى الخطوبة
مطلب فى سبب اختلافهم فى الحد ، وفيه مسائل :	الباب الثانى : فى موجبات صححة النكاح ، وينقسم إلى ثلاثة أركان :
١٤ المسئلة الأول فى حكم تزويج الأبعد مع حضور الأقرب	الركن الأول فى كيفية العقد والنظر فيه فى مواضع :
المسئلة الثانية إذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية للأبعد	الموضع الأول الإذن فى النكاح الموضع الثانى فيمن المعنير قبله فى صححة العقد
المسئلة الثالثة فى حكم غيبة الأب عن ابنته اليكسر	٧ الموضع الثالث هل يجوز عقد النكاح على الخبار أم لا ؟
١٥ الموضع الرابع فى عضل الأولياء	

صحيفة

١٧ الفصل الثاني : في الشهادة

١٨ الفصل الثالث : في الصداق ،

وفيه ستة مواضع :

الموضع الأول في حكمه وأركانه

وفيه أربع مسائل :

المسئلة الأولى في حكمه

المسئلة الثانية في قدره

٢١ المسئلة الثالثة في جنسه

٢٢ المسئلة الرابعة في تأجيله

الموضع الثاني فيما يتقرر به الصداق

٢٣ الموضع الثالث في تشطيره

٢٦ الموضع الرابع في التهويض ،

وفيه مسئلتان :

المسئلة الأولى فيما إذا طلبت

المرأة أن يفرض لها الصداق

٢٧ المسئلة الثانية فيما إذا مات

الزوج قبل تسمية الصداق

الموضع الخامس في الأصدقة

الفاسدة ، وفيه خمس مسائل :

المسئلة الأولى فيما إذا كان

الصداق لا ينتفع به شرعا

٢٨ المسئلة الثانية فيما إذا اقترن

بالمهر بيع .

المسئلة الثالثة فيما إذا اشتروط في

الصداق حياة الأب

صحيفة

٢٩ المسئلة الرابعة في الصداق

يستحق أو يوجب به عيب

المسئلة الخامسة في الرجل يشترط

على نفسه في الصداق

الموضع السادس في اختلاف

الزوجين في الصداق

٣١ الركن الثالث في معرفة محل

العقد ، وفيه أربعة عشر فصلا

٣٢ الفصل الأول : في مانع النسب

الفصل الثاني : في مانع المصاهرة

وفيه أربع مسائل :

٣٣ المسئلة الأولى في تحريم بنت

الزوجة

المسئلة الثانية فيما تجرم به بنت

الزوجة

٣٤ المسئلة الثالثة في حكم الأم المعقود

على بنتها

المسئلة الرابعة في أن: هل الزنا

موجب للتحريم كالوطء في

نكاح أم لا ؟

٣٥ الفصل الثالث : في مانع الرضاع

وفيه تسع مسائل :

المسئلة الأولى في المقدار المحرم

من اللبن

٣٦ المسئلة الثانية في رضاع الكبير

١٠ يفة

صحيفة

٣٦ المسئلة الثالثة فى المولود يقطم
قبل الحولين ثم أرضعته امرأة .
المسئلة الرابعة فى حكم ما يصل
إلى الخلق من غير رضاع
٣٨ المسئلة الخامسة فى اللبن المحرم
إذا استهلك فى ماء أو غيره
المسئلة السادسة هل يعتبر فى ذلك
الوصول إلى الخلق أم لا ؟
٣٨ المسئلة السابعة هل يصير الرجل
الذى له اللبن أباً للمرضع حتى
يحرم به ما يحرم من النسب أم لا
٣٩ المسئلة الثامنة فى الشهادة على
الرضاع المحرم
المسئلة التاسعة فى صفة المرضعة
٤٠ الفصل الرابع : فى مانع الزنا
الفصل الخامس : فى مانع العدد
٤١ الفصل السادس : فى مانع الجمع
٤٢ الفصل السابع فى موانع الرق
٤٤ الفصل الثامن : فى مانع الكفر
٤٥ الفصل التاسع : فى مانع الإحرام
٤٦ الفصل العاشر : فى مانع المرض
٤٧ الفصل الحادى عشر : فى مانع
للعدة
٤٨ الفصل الثانى عشر : فى مانع
للزوجة ، وفيه مشتلان :

٤٩ المسئلة الأولى فيما إذا أسلم
الكافر وعنده أكثر من أربع
نسوة أو أختان
المسئلة الثانية فيما إذا أسلم أحد
الزوجين قبل الآخر ثم أسلم الآخر
٥٠ الباب الثالث : فى موجبات
الخيار فى النكاح ، وفيه أربعة
فصول :
الفصل الأول : فى خيار العيوب
٥١ الفصل الثانى : فى خيار الإعسار
بالصداق والنفقة
٥٢ الفصل الثالث فى خيار الفقد
٥٣ للفصل الرابع : فى خيار العتق
٥٤ الباب الرابع : فى حقوق
الزوجة
٥٧ الباب الخامس : فى الأنكحة
الممنهى عنها بالشرع والأنكحة
الفاسدة وحكمها
مطلب : الأنكحة الممنهى عنها أربعة
الأول منها نكاح الشغار
٥٨ الثانى نكاح للمتعة
الثالث نكاح الخطبة على الخطبة
الرابع نكاح المحلل
٥٩ مطلب فى الأنكحة الفاسدة
بمفهوم الشرع

صحيفة

٥٩ مطلب في حكم الأنكحة الفاسدة
إذا وقعت

٦٠ (كتاب الطلاق) وينحصر
في أربع جمل :

الجملة الأولى في أنواع الطلاق ،
وفيه خمسة أبواب :

الباب الأول : في معرفة الطلاق
البائن والرجعي ، وفيه ثلاث
مسائل :

٦١ المسئلة الأولى في حكم الطلاق
بلفظ الثلاث

٦٢ المسئلة الثانية في اعتبار نقص
عدد الطلاق البائن بالرق

المسئلة الثالثة في كون الرق
موثراً في نقصان عدد الطلاق

٦٣ الباب الثاني : في معرفة الطلاق
السني من البدعي ، وفيه

ثلاثة مواضع :

الموضع الأول : هل من شرطها
أن لا يتبعها طلاق في العدة

٦٤ الموضع الثاني : هل المطلق بلفظ
الثلاث مطلق للسنة أم لا ؟

الموضع الثالث في حكم من
طلق وقت الحيض ، وفي هذا

الموضع أربع مسائل :

صحيفة

٦٥ المسئلة الأولى هل يقع الطلاق
في الحيض ؟

المسئلة الثانية إن وقع الطلاق
فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر
فقط ؟

المسئلة الثالثة متى يوقع الطلاق
بعد الإيجاب أو الندب ؟

٦٦ المسئلة الرابعة متى يقع الإيجاب ؟
الباب الثالث في الخلع ، وفيه

أربعة فصول :

الفصل الأول : في جواز وقوعه
٦٧ الفصل الثاني : في شروط جواز

وقوعه ، وفيه أربع مسائل :

المسئلة الأولى في مقدار ما يجوز
أن تختلعه به

المسئلة الثانية في صفة العوض
٦٨ المسئلة الثالثة فيما يرجع إلى الحال

التي يجوز فيها الخلع من التي
لا يجوز

٦٨ المسئلة الرابعة فيمن يجوز له
الخلع ومن لا يجوز له

٦٩ الفصل الثالث : في نوع الخلع :

هل هو طلاق أو فسخ ؟

٧٠ الفصل الرابع : فيما يلحقه من
من الأحكام

صيفة

٧. الباب الرابع : في تمييز الطلاق
من الفسخ

٧. الباب الخامس : في التخيير
والتليك

٧. الجملة الثانية في أركان الطلاق
وفي هذه الجملة ثلاثة أبواب :

٧. الباب الأول : في ألفاظ الطلاق
وشروطه ، وفيه فصلان :

الفصل الأول : في أنواع ألفاظ
الطلاق المطلقة

مطلب اختلافهم في أحكام
صريح ألفاظ الطلاق ، وفيه
مستلثان :

٧٥. المسئلة الأولى ما اتفق عليه مالك
والشافعي وأبو حنيفة من أنه

لا يقبل قول المطلق إذا نطق
بألفاظ الطلاق : إنه لم يرد

بها الطلاق

المسئلة الثانية اختلافهم فيمن
قال لزوجته: أنت طالق وادعى.

أنه أراد أكثر منها

٧٨. الفصل الثاني : في أنواع ألفاظ
الطلاق المقيدة

٨١. الباب الثاني : في المطلق الجائز
الطلاق

صيفة

٨٣. الباب الثالث : فيمن يتعلق به
الطلاق من النساء ومن لا يتعلق

٨٤. الجملة الثالثة في الرجعة بعد
الطلاق ، وفيها بابان :

٨٥. الباب الأول : في أحكام الرجعة
في الطلاق الرجعي

٨٦. الباب الثاني : في أحكام الارتجاع
في الطلاق البائن

٨٨. الجملة الرابعة في أحكام المطلقات
وفيها بابان :

الباب الأول : في العدة ، وفيه
فصلان :

الفصل الأول : في عدة
الزوجات ، وينقسم إلى نوعين

٨٩. النوع الأول في معرفة العدة

٩٣. مطلب في أقسام الزوجات غير
الحرائر

٩٥. النوع الثاني في معرفة أحكام العدد

٩٦. مطلب في الكلام على عدة الموت
مطلب في الحامل التي يتوفى

عنها زوجها

٩٧. الباب الثاني : في المنعة

٩٨. باب في بحث الحكمين

٩٩. (كتاب الإيلاء) وفيه عشر
مسائل :

صحيفة

١٠٠ المسئلة الأولى فى اختلافهم

هل تطلق المرأة بانقضاء

الأربعة أشهر المضروبة بالنص

للمولى أم لا ؟

١٠١ المسئلة الثانية فى العيّن التى

يكون بها الإيلاء

المسئلة الثالثة فى حقوق حكم

الإيلاء للزوج إذا ترك الوطء

بغير عيّن

المسئلة الرابعة فى مدة الإيلاء

١٠٢ المسئلة الخامسة فى الطلاق الذى

يقع بالإيلاء

المسئلة السادسة هل يطلق

القاضى إذا أبى النّىء أو

الطلاق أو يحبس حتى يطلق ؟

المسئلة السابعة هل يتكرر الإيلاء

إذا طلقها ثم راجعها

المسئلة الثامنة هل تلزم الزوجة

المولى منهاعدة أو ليس تلزمها ؟

١٠٣ المسئلة التاسعة فى إيلاء العبد

المسئلة العاشرة هل من شرط

رجعة المولى أن يطاء فى العدة

أم لا ؟

١٠٤ (كتاب الظهار) وفيه سبعة

فصول :

صحيفة

١٠٥ الفصل الأول : فى ألفاظ الظهار

الفصل الثانى : فى شروط

وجوب الكفارة فيه

١٠٧ الفصل الثالث : فىمن يصح

فيه الظهار

١٠٩ الفصل الرابع : فيما يحرم على

المظاهر

١١٠ الفصل الخامس : هل يتكرر

الظهار بتكرر النكاح

الفصل السادس : هل يدخل

الإيلاء على الظهار ؟

١١١ الفصل السابع : فى أحكام

كفارة الظهار

١١٥ (كتاب اللعان) ويشتمل

على خمسة فصول :

١١٦ الفصل الأول : فى أنواع

الدعاوى الموجبة له وشروطها

١١٨ الفصل الثانى : فى صفات

المتلاعنين

١١٩ الفصل الثالث : فى صفة اللعان

الفصل الرابع : فى حكم نكول

أحدهما أو رجوعه

١٢١ الفصل الخامس : فى الأحكام

اللازمة لتقام اللعان

١٢٢ (كتاب الإحداد)

صحيفة

١٢٤ (كتاب البيوع) وينقسم
إلى ستة أجزاء :

١٢٥ الجزء الأول : في تعريف
أنواع البيوع المطلقة

الجزء الثاني في تعريف أسباب
الفساد العامة في البيوع المطلقة
وفيه أربعة أبواب :

١٢٦ الباب الأول : في الأعيان
المحرمة للبيع

١٢٨ الباب الثاني : في بيع الربا ،
وينحصر في أربعة فصول :

١٢٩ الفصل الأول : في معرفة
الأشياء التي لا يجوز فيها
التفاضل ولا النساء وتبيين
علة ذلك

١٣٣ الفصل الثاني : في معرفة
الأشياء التي يجوز فيها التفاضل
ولا يجوز فيها النساء

الفصل الثالث : في معرفة
ما يجوز فيه الأمان جميعا

١٣٥ الفصل الرابع : في معرفة
ما يعد صنفا واحدا مما لا يعد
صنفا واحدا

١٣٦ مسألة اختلافهم من هذا الباب
في الصنف الواحد من اللحم
الذي لا يجوز فيه التفاضل

صحيفة

١٣٧ مسألة اختلافهم من هذا الباب
في بيع الحيوان بالميت على
ثلاثة أقوال :

مسئلة الاختلاف في بيع
الدقيق بالحنطة مثلا بمثل

١٣٩ فصل : في الاختلاف في بيع
الربوي الرطب بجنسه من
اللباس مع وجود القائل في
القدر والتناجز

١٤٠ باب في بيع الذرائع الربوية

١٤١ مسألة في إقالة المشتري البائع
إذا ندم

تسع مسائل اختلف منها
في مستثنين

١٤٤ مطلب في بيع الطعام قبل
قبضه له ، وفيه ثلاثة فصول
الفصل الأول : فيما يشترط فيه
القبض من المبيعات

١٤٥ للفصل الثاني : في المبيعات
التي يشترط في بيعها القبض
من التي لا يشترط

١٤٦ الفصل الثالث : في الفرق بين
ما يباع من الطعام مكيلا وجزا

١٤٨ الباب الثالث : في البيوع
المهسي عنها من قبل الغيب
الذي سيده الغرر

صحيفة

- ١٥٥ فصل في المسائل المسكوت عنها .
 مسألة المبيعات على نوعين
 ١٥٦ مسألة الإجماع على أنه لا يجوز
 بيع الأعيان إلى أجل
 ١٥٧ مسألة: أجمع فقهاء الأمصار
 على بيع الثمر الذي يشمر بطنا
 واحدا يطيب بعضه الخ
 ١٥٩ الباب الرابع : في بيع الشروط
 والثنيا
 ١٦٥ الباب الخامس : في البيوع
 المنهى عنها من أجل الضرر
 أو الغبن
 ١٦٦ فصل في تهيه صلى الله عليه
 وسلم عن تلقى الركبان للبيع
 فصل في تهيه صلى الله عليه
 وسلم عن بيع الحاضر للبادى
 ١٦٧ فصل في تهيه عليه الصلاة
 والسلام عن النجش الخ
 ١٦٩ الباب السادس : في النهى من
 قبل وقت العبادات
 القسم الثانى في الأسباب
 والشروط المصححة للبيع ،
 وفيه ثلاثة أبواب :
 ١٧٠ الباب الأول : في العقد ،
 وفيه أركان .

صحيفة

- ١٧٠ الركن الأول في صيغ العقد
 ١٧٢ الركن الثانى في العقود عليه
 الركن الثالث في العاقدین
 ١٧٣ القسم الثالث القول في الأحكام
 العامة للبيوع الصحيحة ،
 وفيه أربع جمل
 الجملة الأولى في أحكام وجود
 العيب في المبيعات ، وفيها بابان
 الباب الأول : في أحكام
 العيوب في البيع المطلق ، وفيه
 خمسة فصول :
 ١٧٤ الفصل الأول : في معرفة
 العقود التى يجب فيها حكم
 بوجوب العيب من التى لا يجب
 ذلك فيها
 الفصل الثانى : في معرفة
 العيوب التى توجب الحكم
 وما شرطها الموجب للحكم
 فيها ، وفي هذا الفصل نظران :
 النظر الأول في العيوب التى
 توجب الحكم
 ١٧٦ النظر الثانى في الشرط الموجب
 للحكم به
 ١٧٧ الفصل الثالث : في معرفة
 حكم العيب الموجب إذا كان
 المبيع لم يتغير

صحيفة	صحيفة
١٨٩ الجملة الثالثة في تابعات المبيعات ، وفيه مسئلتان : المسئلة الأولى في بيع النخيل	١٧٧ فصل في جسواز اتفاق البائع والمشتري على أن يملك المشتري سلعته ويعطيه اليائع قيمة العيب
١٩٠ المسئلة الثانية في بيع مال العبد	١٧٩ المسئلة الثانية في رجلين يبتاعان شيئا واحدا في صفقة واحدة
١٩٢ الجملة الرابعة في اتفاق المتبايعين على البيع واختلافهما في مقدار الثمن	الفصل الرابع : في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها
١٩٣ القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع وهو النظر في حكم البيع الفاسد إذا وقع	١٨١ باب في طرؤ النقصان على المبيع
١٩٤ (كتاب الصرف) وفيه مسائل :	١٨٣ الفصل الخامس : في القضاء في اختلاف الحكم عند اختلاف المتبايعين
١٩٥ المسئلة الأولى في بيع الذهب بالذهب وحكمه	١٨٤ الباب الثاني : في بيع البراءة
١٩٦ المسئلة الثانية في السيف والمصحف المحلى يباع بالفضة	١٨٥ الجملة الثانية في وقت ضمان المبيعات
١٩٧ المسئلة الثالثة في شرط الصرف	١٨٦ القول في الجوائح ، وينحصر في أربعة فصول :
١٩٨ المسئلة الرابعة فيمن اضطرف دراهم بدنائير ثم وجد فيها درهما زائفا	١٨٧ الفصل الأول : في معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح
١٩٩ المسئلة الخامسة لإجماع العلماء على أن المراطلة جائزة في الذهب بالذهب	١٨٨ الفصل الثاني : في محل الجوائح من المبيعات
٢٠٠ المسئلة السادسة في الرجلين يكون لأحدهما على الآخر دفانير ، وللآخر عليه دراهم هل يجوز أن يتصارفاها ؟	الفصل الثالث : في مقدار ما يوضع منه فيه
	١٨٩ الفصل الرابع في الوقت الذي توضع فيه

صحيفة

- ٢٠١ المسئلة السابعة في البيع والصرف
في مذهب مالك
(كتاب السلم) وفيه ثلاثة أبواب
الباب الأول: في محله وشروطه
٢٠٢ مطلب في الشروط المجمع عليها
والمختلف فيها ، وهما الشرط
الأول والثاني
٢٠٤ الشرط الثالث وهو مكان القبض
الشرط الرابع أن يكون الثمن
مقدرا
٢٠٥ الباب الثاني : فيما يجوز أن
يقتضى من المسلم إليه بدل
ما انعقد عليه السلم ، وفيه
مسائل :
مسئلة فيمن أسلم في شيء من
التمر وتعلد تسليمه
مسئلة في بيع المسلم فيه إذا
حان الأجل من المسلم إليه
قبل قبضه
٢٠٦ مسئلة في الشراء برأس مال
السلم من المسلم إليه شيئا الخ
٢٠٧ مسئلة فيها إذا ندم المبتاع في
السلم فطلب الإقالة
مسئلة فيها إذا كان لرجل على
رجل دراهم إلى أجل الخ

صحيفة

- ٢٠٧ مسئلة فيمن أسلم إلى آخر أو
باع منه طعاما على مكيلة مآ
٢٠٨ الباب الثالث : في اختلاف
المتبايعين في السلم
٢٠٩ (كتاب بيع الخيار) والنظر
في أصول هذا الباب فيه
مسائل :
المسئلة الأولى هل يجوز الخيار؟
المسئلة الثانية كم مدة الخيار
٢١٠ المسئلة الثالثة هل يشترط النقد
المسئلة الرابعة ضمان المبيع في
مدة الخيار
٢١١ المسئلة الخامسة هل يورث
خيار المبيع أم لا ؟
٢١٢ المسئلة السادسة فيمن يصح
خياره
٢١٣ (كتاب بيع المراجحة) وفيه
بابان :
٢١٤ الباب الأول : فيما يعد من
رأس المال مما لا يعد ، وفي
صفة رأس المال الذي يجوز
أن يبنى عليه الربح
٢١٥ الباب الثاني : في حكم ما وقع
من الزيادة أو النقصان في خير
اليائع بالشئ

صحيفة

- ٢١٦ (كتاب بيع العرية) وشروطها
 ٢١٩ (كتاب الإجازات) وينقسم
 إلى قسمين :
 ٢٢٠ القسم الأول : في أنواعها
 وشروط الصحة والفساد
 ٢٢٣ مطلب إجارة المؤذن
 والاستئجار على تعليم القرآن
 ٢٢٤ استئجار الفحول من الدواب
 للضراب
 ٢٢٨ الجزء الثاني من هذا الكتاب
 في معرفة أحكام الإجازات ،
 وينحصر في جملتين :
 الجملة الأولى في موجبات
 هذا العقد ولوازمه من غير
 حدوث طارئ عليه
 ٢٢٩ الجملة الثانية في أحكام
 الطوارئ ، وفيها ثلاثة فصول
 الفصل الأول منه : وهو النظر
 في الفسوخ
 ٢٣١ الفصل الثاني : وهو النظر في الضمان
 ٢٣٣ الفصل الثالث : وهو النظر
 في الاختلاف
 ٢٣٥ (كتاب الجمل)
 ٢٣٦ (كتاب القراض) وفيه
 ثلاثة أبواب :
 الباب الأول : في محله

صحيفة

- ٢٣٨ الباب الثاني : في مسائل
 للشروط
 ٢٣٩ القول في أحكام القراض
 ٢٤١ القول في أحكام الطوارئ
 ٢٤٢ القول في حكم القراض الفاسد
 ٣٤٣ القول في اختلاف المتقارضين
 ٢٤٤ (كتاب المساقاة)
 القول في جواز المساقاة
 ٢٤٥ القول في صحة المساقاة وفيه :
 أربعة أركان :
 الركن الأول في محل المساقاة
 ٢٤٧ الركن الثاني الذي هو العمل
 ٢٤٨ الركن الثالث في صفة العمل
 الذي تنعقد عليه
 ٢٤٩ الركن الرابع في المدة التي
 يجوز فيها وتنعقد عليها
 ٢٥٠ القول في أحكام الصحة في المساقاة
 أحكام المساقاة الفاسدة
 ٢٥١ (كتاب الشركة)
 القول في شركة العنان ، وفيه
 ثلاثة أركان :
 ٢٥٢ الركن الأول في محلها من
 الأموال ، وفيه ثلاث
 مسائل :

صحيفة

- ٢٥٢ المسئلة الأولى فيما إذا اشتركا
في صنفين من العروض الخ
المسئلة الثانية فيما إذا كان
الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء
المسئلة الثالثة في الشركة بالطعام
من صنف واحد
٢٥٣ الركن الثاني في معرفة الربح
من قدر المال المشترك فيه
الركن الثالث في معرفة قدر
العمل من الشريكين من قدر
المال
٢٥٤ القول في شركة المفاوضة
٢٥٥ القول في شركة الأبدان
القول في شركة الوجوه
القول في أحكام الشركة الصحيحة
٢٥٦ (كتاب الشفعة) وفيه
قسمان :
القسم الأول في تصحيح هذا
الحكم وفي أركانه
الركن الأول في الشافع
٢٥٧ الركن الثاني في المشفوع فيه
٢٥٨ الركن الثالث في المشفوع عليه
٢٥٩ الركن الرابع في الأخذ بالشفعة
وفي مسائل :
٢٦٠ المسئلة الأولى في كيفية توزيع
المشفوع فيه

صحيفة

- ٢٦٠ المسئلة الثانية في دخول الأشارك
الذين هم عصابة في الشفعة ،
وفيها مستلطان :
٢٦٢ المسئلة الأولى إذا لم يكن
شريكا في حال البيع
المسئلة الثانية أن تكون الحصه
ثابتة قبل البيع
٢٦٣ القسم الثاني في أحكام الشفعة
٢٦٥ (كتاب القسمة والنظر فيها)
وفيها أبواب :
الباب الأول : في أنواع القسمة ،
وفيها قسمان :
القسم الأول في قسمة رقاب الأموال
القسم الثاني في أقسام الرقاب
وفيها ثلاثة فصول :
الفصل الأول في الرباع والأصول
٢٦٨ الفصل الثاني : في العروض
٢٦٩ الفصل الثالث : في معرفة
أحكام المكييل والموزون
القول في القسم الثاني وهو
قسمة المنافع
٢٧٠ القول في أحكام القسمة
٢٧٢ (كتاب الرهن) وفيه أركان
الركن الأول في الرهن
الركن الثاني في الرهن

صحيفة

- ٢٧٣ الركن الثالث في الموهون فيه
 ٢٧٤ القول في الشروط
 ٢٧٥ القول في الأحكام
 ٢٧٦ مطلب في الاختلاف في نماء
 الرهن المنفصل
 ٢٧٩ (كتاب الحجر) وفيه
 ثلاثة أبواب :
 الباب الأول : في أصناف
 المحجورين
 ٢٨٠ الباب الثاني : متى يخرجون
 من الحجر ، ومتى يحجر عليهم ؟
 ٢٨٣ الباب الثالث في معرفة أحكام
 أفعالهم في الرد والإجازة
 ٢٨٤ (كتاب التفليس)
 ٢٩٣ (كتاب الصلح)
 ٢٩٥ (كتاب الكفالة)
 ٢٩٩ (كتاب الحوالة)
 ٣٠١ (كتاب الوكالة) وفيها ثلاثة
 أبواب :
 الباب الأول : في أركانها
 الركن الأول في الموكل
 الركن الثاني في الوكيل وشروطه
 الركن الثالث فيما فيه التوكيل
 ٣٠٢ الركن الرابع في معنى الوكالة
 الباب الثاني : في أحكام الوكالة

صحيفة

- ٣٠٣ الباب الثالث : في مخالفة
 الموكل للوكيل
 ٣٠٤ (كتاب اللقطة) والنظر فيه
 في جملتين :
 الحملة الأولى في أركانها
 ٣٠٥ الحملة الثانية في أحكامها
 ٣٠٩ باب في اللقيط والنظر في أحكام
 الالتقاط وفي الملتقط واللقيط
 وفي أحكامه
 ٣١٠ (كتاب الوديعة)
 ٣١٣ (كتاب العارية)
 ٣١٦ (كتاب الغصب) وفيه بابان :
 الباب الأول : في الضمان ،
 وفيه ثلاثة أركان :
 الركن الأول في بيان الموجب
 للضمان
 الركن الثاني فيما يجب فيه الضمان
 ٣١٧ الركن الثالث في الواجب في
 الغصب والواجب على الغاصب
 الباب الثاني : في الطوارئ على
 المغصوب
 ٣٢٥ (كتاب الاستحقاق وأحكامه)
 ٣٢٧ (كتاب الهبات)
 ٣٣٠ القول في أنواع الهبات
 ٣٣٢ القول في أحكام الهبات

صحيفة

- ٣٣٤ (كتاب الوصايا) والنظر فيها ينقسم إلى قسمين :
القسم الأول النظر في الأركان
الركن الأول الموصى
٣٣٥ القول في الموصى به
٣٣٦ القول في المعنى الذى يدل عليه لفظ الوصية
القول في الأحكام وهو القسم الثانى
٣٣٨ (كتاب الفرائض)
٣٤٠ مطلب في ميراث ولد الصلب
٣٤٢ مطلب في ميراث الزوجات
مطلب في ميراث الأب والأم
٣٤٤ مطلب في ميراث الإخوة للأم
مطلب في ميراث الإخوة للأب
والأم أو للأب
٣٤٦ مطلب في ميراث الجدة
٣٤٩ مطلب في ميراث الجدات
٣٥١ باب في الحجج
٣٥٦ من مسائل ثبوت النسب
الموجب للميراث. الاختلاف
فيمن ترك ابنين وأقر أحدهم
بأخ ثالث وأنكره الثانى
٣٦١ باب في الولاء وفيه مسائل مشهورة
المسئلة الأولى في أن من أعتق

صحيفة

- ٣٦٢ المسئلة الثانية فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له أم لا ؟
٣٦٣ المسئلة الثالثة فيما إذا قال السيد لعبده : أنت سائبة
المسئلة الرابعة في العبد المسلم إذا أعتقه النصراني
٣٦٤ المسئلة الخامسة في أن النساء ليس لهن مدخل في وراثة
الولاء إلا من باشرن عتقه بأنفسهن
مطلب في ترتيب أهل الولاء في الولاء
٣٦٦ (كتاب العتق)
٣٧٤ (كتاب الكتابة)
القول في مسائل العقد
٣٧٨ القول في المكاتب ، وفيه خمسة أجناس :
٣٧٩ الجنس الأول متى يخرج المكاتب من الرق
٣٨٠ الجنس الثانى متى يرق المكاتب
٣٨١ الجنس الثالث إذا مات قبل أن يؤدى الكتابة
٣٨٣ الجنس الرابع فيمن يدخل معه في عقد الكتابة ومن

صحيفة

- ٣٨٣ الجنس الخامس فيما يجبر فيه
على المكاتب مما لا يجبر
٣٨٦ مطالب في شروط الكتابة
٣٨٨ (كتاب التدبير والكلام على
أركانه وأحكامه)
الكلام في أركانه الأربعة
٣٨٩ وأما أحكامه فأصولها راجعة
إلى خمسة أجناس .
٣٩٠ الجنس الأول مماذا يخرج المدبر
الجنس الثاني هل للمدبر أن
يبيع المدبر
٣٩١ الجنس الثالث ما يتبعه في التدبير
مما ليس يتبعه
٣٩٢ الجنس الرابع في تبعض التدبير
٣٩٢ الجنس الخامس في مبطلات
للتدبير الطارئة عليه
(كتاب أمهات الأولاد)
وفيه مسائل :
٣٩٤ (كتاب الجنائيات)
٣٩٥ (كتاب القصاص) وينقسم
إلى قسمين :
القسم الأول القصاص في النفوس
٣٩٦ للقول في شروط القاتل
٤٠١ للقول في الموجب

صحيفة

- ٤٠٤ القول في القصاص
٤٠٥ (كتاب الجراح)
القول في الجراح
٤٠٦ القول في الجروح
القول في الجرح
٤٠٨ مطلب متى يستقار من الجرح
٤٠٩ (كتاب الديات في النفوس)
٤١٥ مطلب في دية الجنين
٣١٩ (كتاب الديات فيما دون
النفس)
٤٢١ القول في ديات الأعضاء
٤٢٧ (كتاب القسامة) وفيه
مسائل :
المسئلة الأولى في وجوب الحكم
بها على الجملة
٤٢٩ المسئلة الثانية في اختلاف
العلماء القائلين بالقسامة فيما
يجب بها
المسئلة الثالثة الاختلاف فيمن
يبدأ بالإيمان الخمسين
٤٣٠ المسئلة الرابعة في موجب
القسامة عند القائلين بها
٤٣٣ (كتاب أحكام الزنا) وفيه
ثلاثة أبواب :
الباب الأول : في تعريف الزنا

صحيفة

- ٤٣٤ الباب الثاني : في أصناف الزناة وعقوباتهم
 ٤٣٨ الباب الثالث : فيما يثبت به الزنا
 ٤٤٠ (كتاب القذف)
 ٤٤٣ باب في شرب الخمر
 ٤٤٥ فصل بماذا يثبت هذا الحد (كتاب السرقة)
 ٤٥٠ فصل في جنس المسروق
 ٤٥٢ القول في الواجب في السرقة
 ٤٥٤ القول فيما تثبت به السرقة (كتاب الحراية) وفيه خمسة أبواب :
 ٤٥٥ الباب الأول : النظر في الحراية
 الباب الثاني : النظر في المحارب
 الباب الثالث : فيما يجب على المحارب
 ٤٥٧ الباب الرابع : في مسقط الواجب عنه وهي التوبة
 ٤٥٨ الباب الخامس : بماذا تثبت هذه الجناية
 ٤٥٨ فصل في حكم المحاربين على التأويل

صحيفة

- ٤٥٩ باب في حكم المرتد (كتاب الأقضية) وفيه ستة أبواب :
 الباب الأول : في معرفة من يجوز قضاؤه
 ٤٦١ الباب الثاني : في معرفة ما يقضى به
 ٤٦٢ الباب الثالث : فيما يكون به القضاء ، وفيه فصول :
 الفصل الأول : في الشهادة
 ٤٦٦ الفصل الثاني : في الأيمان
 ٤٦٩ الفصل الثالث : في النكول
 ٤٧١ الفصل الرابع : في الإقرار
 ٤٧٢ الباب الرابع : في معرفة من يقضى عليه أوله
 الباب الخامس : في كيفية القضاء
 ٤٧٤ الباب السادس : في وقت القضاء
 ٤٧٧ ترجمة المؤلف
 ٤٧٩ تقرير الكتاب





